

ELINKAARIMALLI JA RAKENNUSURAKOITSIJAN SOPIMUSRISKIT

Helsingin Yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Velvoiteoikeus

Pro gradu -tutkielma

Ohjaaja: Prof. Heikki Halila

Laatija: Oskari Pasanen

23.4.2019



Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos/Institution– Department	
Tekijä/Författare – Author Pasanen, Oskari			
Työn nimi / Arbetets titel – Title Elinkaarimalli ja rakennusurakoitsijan sopimusriskit			
Oppiaine /Läroämne – Subject Velvoiteoikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level OTM-tutkielma		Aika/Datum – Month and year Huhtikuu 2019	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages XIII + 74
<p>Tiivistelmä/Referat – Abstract</p> <p>Tutkimuksessa on tarkasteltu elinkaarimalliin liittyviä urakoitsijan sopimusriskejä. Elinkaarimalli on melko uusi julkisien rakennushankkeiden toteutusmuoto. Elinkaarimalli terminä ei ole vakiintunut ja sitä käytetään toisistaan poikkeavien rakennushankkeiden yhteydessä. Tutkimuksessa tarkastelua on pyritty rajaamaan sopimuskäytännön perusteella yhtenäisimpään malliin, eli kuntien toimitilarakentamisessa viime aikoina kovasti suosiota kasvattaneeseen toteutustapaan. Sen keskeisimpänä ominaispiirteenä on rakennuskohteen urakoitsijan ja tämän mahdollisen kumppanin kokonaisvaltainen vastuu rakennuskohteen moitteettomasta käytettävyydestä noin 20-25 vuotisen sopimuskauden ajan.</p> <p>Tutkimuksen tavoitteena on selvittää, miten ja mihin urakoitsija elinkaarimallissa sitoutuu, ja mitä riskejä sitoutumiseen liittyy. Tarkoituksena on tutkia elinkaarimallille toimintaympäristössään ominaisia piirteitä, joten vertailukohteena on muut rakennusurakan toteutusmuodot. Elinkaarimallissa sopimus perustuu KVR-urakkasopimukseen, jossa urakoitsija vastaa rakennuskohteen suunnittelusta ja rakentamisesta. Elinkaarimallin sopimusrakenteessa keskeisin ominaispiirre on urakkasopimuksen ja ylläpitoa koskevan palvelusopimuksen sitominen yhdeksi sopimukseksi, jolla urakoitsijan vastuuta rakennuskohteen sopimuksen mukaisuudesta jatketaan palvelusopimuksen keston loppuun asti. Palvelusopimuksen aikana urakoitsijalle maksetaan palvelumaksua ylläpitoon liittyvistä palveluista sekä korvauksia kunnossapitosuunnitelman mukaan tehdyistä toimenpiteistä.</p> <p>Riski määritellään tutkimuksessa epävarmaksi tapahtumainkuluksi, joka voi vaikuttaa negatiivisesti tavoitteiden toteutumiseen. Sopimusriski puolestaan määritellään yksinkertaisesti sopimukseen liittyväksi riskiksi. Sopimusriskien tunnistamisessa riskit on jaettu karkeasti sopimuksen valmisteluun, sopimuksen mukaiseen suoritukseen sekä suoritusvirheisiin liittyviin riskeihin. Merkittävimmiksi urakoitsijan sopimusriskeiksi tutkimuksessa tunnistettiin neuvotteluriski, kustannusarvioriski sekä riski sisäilmaongelmina ilmenevästä urakoitsijan suoritusvirheestä. Tutkimuksen yhteenvedossa esitetään kannanotot näihin liittyvästä riskienjaon tasapainaisuudesta.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords velvoiteoikeus – sopimusoikeus – urakkasopimukset – julkinen hankinta – riski – sopimusriski – vastuuriski			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

SISÄLLYSLUETTELO

LÄHTEET.....	IV
LYHENTEET.....	XIII
1. JOHDANTO.....	1
1.1. TUTKIMUKSEN TAUSTAA	1
1.1.1. Ajankohtaista	1
1.1.2. Elinkaarimalli - Public-Private Partnership (PPP)	2
1.1.3. PPP-hankkeet Suomessa	4
1.2. TUTKIMUSKOHTEN MÄÄRITTELY.....	7
1.3. TUTKIMUSTEHTÄVÄ	9
1.4. TUTKIMUKSEN METODI JA TUTKIMUSAINESTO	11
1.5. TUTKIMUKSEN RAKENNE	14
2. ELINKAARIMALLI RAKENNUSURAKKASOPIMUKSENA	16
2.1. RAKENNUSURAKKASOPIMUKSISTA YLEENSÄ	16
2.2. ELINKAARIMALLIN SOPIMUSRAKENNE	21
2.3. ELINKAARIMALLI URAKKAMUOTONA JA RAKENNUSURAKKASOPIMUKSENA	24
3. RISKI JA SOPIMUSRISKI.....	26
3.1. RISKI	26
3.2. RISKIENHALLINTA.....	28
3.3. SOPIMUSRISKI	29
4. SOPIMUKSEN VALMISTELUUN LIITTYVÄT RISKIT.....	32
4.1. NEUVOTTELURISKI	32
4.2. NEUVOTTELUVASTUURISKI	34
4.3. SITOVUUSRISKI	37
4.3.1. Hankintamenettelystä sitovuusriskin taustana.....	38
4.3.2. Muotovirhe hankintasopimuksen tekemisessä	40
4.3.3. Edustusvaltavirhe	43
4.3.4. Tehottomuusseuraamus.....	47
4.3.5. Sitovuusriskien huomioimisesta	48
5. SUORITUSKUSTANNUSRISKIT.....	49
5.1. TULKINTARISKI	50
5.1.1. Elinkaarisopimuksen tulkinnasta.....	51

5.1.2.	<i>Riidanratkaisu elinkaarimallissa</i>	53
5.2.	TILAAJAAN LIITTYVÄT RISKIT.....	55
5.2.1.	<i>Tilaajan maksukyky</i>	56
5.2.2.	<i>Tilaajan asiantuntemus ja myötävaikutusvelvollisuus.....</i>	59
5.3.	KUSTANNUSARVIO RISKI	61
5.4.	OLOSUHDEMUUTOKSIIN LIITTYVÄT RISKIT.....	64
5.4.1.	<i>Ylivoimainen este ja sopimuksen kohtuullistaminen.....</i>	65
5.4.2.	<i>Sopimuksen sisäiset muutosmekanismit.....</i>	66
6.	KORVAUSVASTUURISKIT.....	68
6.1.	RAKENNUSURAKAN KORVAUSVASTUURISKIT	69
6.2.	PALVELUJAKSON KORVAUSVASTUURISKIT	71
7.	YHTEENVETO.....	73

LÄHTEET

Virallislähteet

Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 268/2014 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslainmuuttamisesta (HE 190/2009 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 182/2010 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 19 a ja 27 c §:n sekä arvonlisäverolain 15 ja 29 §:n muuttamisesta (HE 155/2017 vp)

Valtiovarainvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 19 a ja 27 c §:n sekä arvonlisäverolain 15 ja 29 §:n muuttamisesta (VaVM 25/2017 vp – HE 155/2017 vp)

Helsingin kaupungin hallintosääntö - Kaupunginvaltuuston päätös 11.4.2018 § 77

Kirjallisuus

Aalto-Setälä Ilkka – Amper Mikko – Haussila Petri – Hemmo Mika – Lintumaa Sari – Saloheimo Jorma – Salomaa Pekka – Strömberg Harry – Tuomainen Jouko: Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit – oikeudellisen riskienhallinnan perusteet. Helsinki 2002

Adlercreutz Axel: Avtalsrätt I. 11. painos, Lund 2000

Adlercreutz Axel: Avtalsrätt II. 4. painos, Lund 1996

Aurejärvi Erkki: Urakkasopimus - Työnsuoritusopimuksia koskevan teorian arviointia. Helsinki 1976

Annola Vesa: Sopimuksen dynaamisuus, Turku 2003

Annola Vesa: Sopimustulkinta – Teoria, vaiheet, menettely. Helsinki 2016

- Bernstein Peter L.: Against the gods – The Remarkable Story of Risk, New York 1998
- Eskola Saila – Kiviniemi Eeva – Krakau Tarja – Ruohoniemi Erko: Julkiset hankinnat, Helsinki 2017
- Haapio Helena – Siedel George J.: A Short Guide to Contract Risk, Taylor & Francis Group 2013, e-kirja, ProQuest Ebook Central
- Halila Heikki: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa, Helsinki 1981
- Halila Heikki – Hemmo Mika: Sopimustyytit, Helsinki 2008
- Halonen Kirsi-Maria: Hankintasopimuksen tehottomuus – hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille, Turun yliopisto 2015, e-kirja, Edilex verkkoaineisto
- Hemmo Mika – Hoppu Kari: Sopimusoikeus, WSOYpro 2006, e-kirja, jatkuva julkaisu, Talentum Fokus
- Hemmo Mika: Sopimusoikeus I, 2. painos, Helsinki 2007
- Hemmo Mika: Sopimusoikeus II, Helsinki 2003
- Hemmo Mika: Sopimusoikeus III, Helsinki 2005
- Heuru Kauko – Mennola Erkki – Ryyänen Aimo: Kunta – Kunnallisen itsehallinnon perusteet, Helsinki 2008
- Hillson David: Managing risk in projects, Routledge 2009, e-kirja, ProQuest Ebook Central
- Keskitalo Petri: From assumptions to risk management, Helsinki 2000
- Knüpfer Samuli – Puttonen Vesa: Moderni rahoitus, 6. painos, Helsinki 2012
- Korhonen Erkki E.: Sopimukset, riskit ja vastuut rakentamisessa, Helsinki 1992
- Kurkela Matti S.: Globalisoitunut sopimuskäytäntö ja sopimusoikeudelliset periaatteet, Helsinki 2003 (Kurkela 2003a)
- Kurkela Matti S.: Kumppanuussopimukset elinkaarimallissa. Rakentaminen, rahoittaminen ja palvelutuotanto, Helsinki 2003 (Kurkela 2003b)
- Laurila Pentti J.: Riskienhallinta, Rauma 1981
- Liuksiala Aaro: Rakennussopimukset – käytännön käsikirja, 6. painos, Helsinki 2004

- Liuksiala Aaro – Stoor Pia: Rakennussopimukset, 7. painos, Helsinki 2014
- Mähönen Jukka – Villa Seppo: Osakeyhtiöoikeus I – Yleiset opit. Helsinki 2015
- Mähönen Jukka – Villa Seppo: Osakeyhtiöoikeus käytännössä, Helsinki 2013
- Nystén-Haarala Soili: The Long-term Contract – Contract Law and Contracting, Helsinki 1998
- Oksanen Antero – Laine Ville – Kaskiaro Kim: Urakkasopimukset, Helsinki 2010
- Pakkala Pekka – de Jong Martin – Äijö Juha: International overview of innovative contracting practices for roads, Helsinki 2007
- Rissanen Tapio: Projektilla tulokseen, Jyväskylä 2002
- Rudanko Matti: Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa, Vammala 1989
- Ruohonen Janne – Vahtera Veikko – Penttilä Seppo: Kuntayhtiö, Helsinki 2017
- Ryynänen Juha: Urakkasopimuksen muutokset – Sopimusoikeudellinen tutkimus urakkasopimuksen dynaamisuudesta, Helsinki 2016
- Saarnilehto Ari – Annola Vesa: Sopimusoikeuden perusteet. 8. painos, Helsinki 2018
- Stackpole Snyder Cynthia: A User's Manual to the PMBOK Guide, John Wiley & Sons 2013, e-kirja, ProQuest Ebook Central
- Telaranta K. A.: Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaus. Porvoo 1953
- Tepora Jarno: Rahoitusmuodot ja vakuudet. Helsinki 2013
- Ämmälä Tuula: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta – oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus, Helsinki 1993

Artikkelit

- Aarnio Aulis, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Teoksessa Minun metodini, (toim. Juha Häyhä), Helsinki 1997, s. 35-56
- Haapio Helena: Ennakoiva sopiminen ja sopimusriskien hallinta toimitusprojekteissa. Teoksessa Yritysten sopimus- ja vastuuketjut – sopimusten hallinta käytännössä (toim. Helena Haapio ja Marjaana Järvinen), 2. painos, Helsinki 2014, s. 24-91

Halila Heikki: Vahingonkorvauksen ja viivästyssakon välinen suhde rakennusurakassa YSE 1998:n mukaan. Teoksessa Rakentajain kalenteri 2016, Helsinki 2015, s. 56-58

af Hällström Esbjörn: Vastuuvakuutus riskienhallinnan välineenä yritysten tuotekaupassa. Teoksessa Yritysten sopimus- ja vastuuketjut – sopimusten hallinta käytännössä (toim. Helena Haapio ja Marjaana Järvinen), 2. painos, Helsinki 2014, s. 184-190

Greve Carsten – Hodge Graeme A.: Introduction. Teoksessa The Challenge of Public-Private Partnerships – Learning from International Experience (toim. Carsten Greve ja Graeme A. Hodge), Edward Elgar Publishing 2005, e-kirja Google-kirjat, s. 1-21

Hellowell Mark: The UK's Private Finance Initiative – history, evaluation, prospects. Teoksessa International Handbook on Public–Private Partnerships (toim. Graeme A. Hodge, Carsten Greve ja Anthony E. Boardman), Edward Elgar Publishing 2010, e-kirja Elgar-Online, s. 307-332

Hodge Graeme A. – Greve Carsten – Boardman Anthony E.: Introduction – The PPP Phenomenon and its Evaluation. Teoksessa International Handbook on Public–Private Partnerships (toim. Graeme A. Hodge, Carsten Greve ja Anthony E. Boardman), Edward Elgar Publishing 2010, e-kirja Elgar-Online, s. 1-16

Hodges Ron – Mellett Howard: The U.K. private finance initiative: An accounting retrospective. The British Accounting Review, 2012, s.235-247

Isohanni Antti: Rakennuttajan ja urakoitsijan keskinäisistä vastuista sekä huomautuksentekovollisuudesta sivu-urakan alistamismenettelyssä. Defensor Legis 2015, s. 346-363

Kaisto Janne: Varallisuus oikeus ja julkiset hankinnat. Oikeustiede-Jurisprudentia XLII:2009, s. 121-259

Kahra Hannu – Kuusela Hannu – Kanto Antti: Taloudellisen riskin hallinta. Teoksessa Riskit ja riskienhallinta (toim. Hannu Kuusela ja Reijo Ollikainen), Tampere 2005, s. 72-87

Koivu Susan – Leskinen Jukka: Sopimukset ja sitoumukset yrityksen strategian näkökulmasta. Teoksessa Yritysten sopimus- ja vastuuketjut – sopimusten hallinta käytännössä (toim. Helena Haapio ja Marjaana Järvinen), 2. painos, Helsinki 2014, s. 336-361

Kuusela Hannu – Ollikainen Reijo: Riskit ja riskienhallinta-ajattelu. Teoksessa Riskit ja riskienhallinta (toim. Hannu Kuusela ja Reijo Ollikainen), Tampere 2005, s. 15-54

Lehtikankare Hannu – Nygård Magnus: Elinkaarimalli. Teoksessa Rakentajain kalenteri 2013, Helsinki 2012, s. 50-56

Li Bing – Akintoye Akintola: An overview of public-private partnership. Teoksessa Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities (toim. Akintola Akintoye, Matthias Beck ja Cliff Hardcastle), Blackwell Science 2003, e-kirja, ProQuest Ebook Central, s. 4-17

Linder Stephen H.: Coming to Terms of Public-Private Partnership – A Grammar of Multiple Meanings. American Behavioral Scientist, volume 43 (1999), s. 35-51

Lintumaa Sari: Vastuuriskien hallinta – ennakointi maksaa vaivan. Teoksessa Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit – oikeudellisen riskienhallinnan perusteet (toim. Tietosanoma Oy), Helsinki 2002, s. 324-353

Lehto Jukka: Sopimuksen näkymätön osa suoritushäiriötilanteiden arvioinnissa ja hallinnassa. Teoksessa Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa (toim. Helena Haapio ja Ritva Sipilä), Helsinki 2013, s. 282-315

Marjasuo Kati: Rakennusalan vakioehtojen mukaisesta virhevastuusta seuraavat sanktiot ja sopimusketjujen riskit. Oikeustiede-Jurisprudentia XLVI:2013, s. 1-54

Meklin Pentti – Oulasvirta Lasse – Kärki Lotta-Maria: Laskentainformaatio ja kuntien talouden tasapainon tulkinta. Kunnallistieteellinen aikakauskirja, vuosikerta 33 (2005), s. 172–187.

Mäkelä Juha: KKO 2009:45 – Sopimuksetekorikkomus ja sopimusneuvotteluihin perustuva vastuu. Teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2009. I, Helsinki 2014, s. 359-370

Oksanen Antero: Urakkasopimukset. Teoksessa Sopimusoikeutta kunnille (toim. Pentti Vataja ja Antero Oksanen), Vantaa 1985, s. 181-227

Schuhmann Ralph – Eichhorn Bert: Reconsidering cont(r)act* risk and contractual risk management. International Journal of Law and Management, volume 59 (2017), s. 504-521 (*kirjoittajan tekemä korjaus sulkeissa)

Tolonen Juha: Oikeustiede tieteenä. Teoksessa Minun metodini, (toim. Juha Häyhä), Helsinki 1997, s. 298-310

Tolvanen Riku: Elinkaarihankkeiden kannattavuus. Teoksessa Rakentajain kalenteri 2014, Helsinki 2013, s. 55-59

Wettenhall Roger: The public-private interface: surveying the history. teoksessa The Challenge of Public-Private Partnerships – Learning from International Experience (toim. Carsten Greve ja Graeme A. Hodge), Edward Elgar Publishing 2005, e-kirja, Google-kirjat, s. 22-43

Tutkimusraportit

Elron: Kansallinen elinkaarimalli – loppuraportti, yksityisrahoitteisten hankkeiden kilpailukyvyn kehittäminen ja tarjousvertailu ns. budjettirahoitteisten toteutusvaihtoehtojen kanssa, 2009

Lahdenperä Pertti – Rintala Kai: Ajatuksia elinkaarivastuuhankkeista – Brittiläisten tilapalveluhankintojen tarkastelua uuden suomalaisen käytännön kehittämiseksi, VTT tiedotteita 2192, Espoo 2003

Transportation Research Board of the National Academies: National Cooperative Highway Research Program - NCHRP Synthesis 391 - Public Sector Decision Making for Public-Private Partnerships – A Synthesis of Highway Practice, Washington, D.C., Yhdysvallat 2009, sähköinen versio saatavilla osoitteessa <http://nap.edu/13901>, ladattu 30.7.2018

Rakennustietosäätöön ohjeet, lomakkeet ja vakioehdot

RT 80244 Laskutyösopimus

RT 80271 Sivu-urakan alistamissopimus

RT 80278 KVR-urakkasopimus

RT 80314 Projektinjohtopalvelusopimus

RT 10-10968 Kiinteistönpitonimikkeistö 2009

RT 13-11143 Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot KSE 2013

RT 16-10660 Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE 1998

Taustahaastattelut

Aunio Risto, senior legal counsel, YIT Oyj, haastateltu 16.8.2018

Forssell Jon, partner, Capex Advisors Oy, haastateltu 31.8.2018

Kivioja Karri, vastaava lakimies, Talonrakennusteollisuus ry, haastateltu 30.8.2018

Mäkelä Jouni, tarjouspäällikkö, energialaitokset, Valmet Oyj, haastateltu 19.6.2018

Määttä Tuomas, partner, Capex Advisors Oy, haastateltu 31.8.2018

Pekkanen Kari, johtaja, kiinteistöjohto, YIT Talo Oy, haastateltu 3.7.2018

Soikkeli Hannu, johtaja, elinkaarihankkeet, YIT Talo Oy, haastateltu 15.6.2018 ja 20.6.2018

Oikeuskäytäntö

Korkein oikeus

KKO 2015:11

KKO 2011:54

KKO 2009:45

KKO 1999:48

KKO 1996:84

KKO 1993:130

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2017:125

KHO 27.1.2017, muu päätös 315/17

Hovioikeudet

HelHO 27.10.2017/1318

Muut lähteet

Espoon kaupunki: Espoon uusi malli hankkia kouluja ja päiväkoteja herättää kiinnostusta, uutinen kaupungin verkkosivuilla. 11.2.2019, luettavissa osoitteessa: [https://www.espoo.fi/fi-FI/Espoon_uusi_malli_hankkia_kouluja_ja_pai\(153685\)](https://www.espoo.fi/fi-FI/Espoon_uusi_malli_hankkia_kouluja_ja_pai(153685)), viitattu 24.2.2019

Espoon kaupunki: Viherlaakson ja Kirstin koulujen elinkaarihanke, tarjouspyyntöaineisto. 2016 (Rahoituksen neuvontapalvelut Inspira Oy:n luovuttama aineisto tutkimuskäyttöä varten.)

Hollolan kunta: Heinsuon ja Kalliolan koulujen uudisrakennusten toteuttaminen elinkaarihankkeena, tarjouspyyntöaineisto. 2015 (Rahoituksen neuvontapalvelut Inspira Oy:n luovuttama aineisto tutkimuskäyttöä varten.)

Halila Heikki, Tieteen termipankki 9.03.2019: Oikeustiede:riskinjako. (Tarkka osoite: <https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:riskinjako>.)

International standard ISO 31000: Risk management – Principles and guidelines, 2009

Kuntaliitto: Elinkaarihankkeen palvelusopimusmalli (toim. Esko Korhonen ja Kirsi Rontu). Kuntaliiton verkkojulkaisu, Helsinki 2013, saatavilla osoitteessa: https://www.rakennusteollisuus.fi/globalassets/elinkeinoasiat/elinkaarimalli/kuntaliitto_elinkaarihankkeen-palvelusopimusmalli.pdf, ladattu 18.5.2018

Kuntaliitto: Kunnan hallintosääntö, hallintosääntömalli. Kuntaliiton verkkojulkaisu, Helsinki 2016, saatavilla osoitteessa: http://shop.kuntaliitto.fi/download.php?filename=uploads/1768hallintosaaantomalli_ebook.pdf, ladattu 19.2.2019

Liikenneviraston tiedote 30.8.2012: Lahden moottoritie luovutetaan liikennevirastolle, <http://news.cision.com/fi/liikennevirasto/r/lahden-moottoritie-luovutetaan-liikennevirastolle.c9298692>, viitattu 23.7.2018

RAKLI ry: RAKLI:n uutiskooste, RAKLI ja Espoo selvittivät elinkaariurakoiden tarjouskäyttämistä, 19.1.2012, <http://www.rakli.fi/raklin-uutiskooste/uutinen/rakli-ja-espoo-selvittivat-elinkaariurakoiden-tarjouskayttaytymista.html>, viitattu 14.5.2018

Rudanko Matti, Tieteen termipankki 19.03.2019: Oikeustiede:ylivoimainen este. (Tarkka osoite: https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:ylivoimainen_este.)

Sailas Raimo, selvitysmies: Liikenneinvestointien rahoitusselvitys. Liikenne- ja viestintäministeriö, Helsinki 2007, sähköinen versio saatavilla osoitteessa: <https://www.lvm.fi/documents/20181/764357/Liikenneinvestointien+rahoitus.pdf/bcd9b67e-9034-49fc-87e8-83a5fa3f4a66?version=1.0>, ladattu 18.5.2018

Sanastokeskus TSK: Kiinteistö- ja rakentamisalan keskeinen sanasto – Versio 1.0, Helsinki 2016, sähköinen versio saatavilla osoitteessa: http://www.tsk.fi/tiedostot/pdf/kira-sanasto_v1.pdf, ladattu 3.8.2018

Tepora Jarno, Tieteen termipankki 10.08.2018: Oikeustiede:yksityisrahoitus. (Tarkka osoite: <http://www.tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:yksityisrahoitus>.)

Tompuri Vesa: Kunnat ja hallitus suosisivat elinkaarimallia, mutta urakoitsijoiden tarjoushalukkuus on vähäistä. Rakennuslehti 11.4.2018, <https://www.rakennuslehti.fi/2018/04/kunnat-ja-hallitus-suosisivat-elinkaarimallia-mutta-urakoitsijoiden-tarjoushalukkuus-on-vahaista/>

United States Government Accountability Office: sanasto, Public-Private Partnerships – Terms Related to Building and Facility Partnerships, GAO/GGD-99-71, huhtikuu 1999, sähköinen versio saatavilla osoitteessa <https://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>, ladattu 31.7.2018

Virtanen Erkki, selvitysmies: Valtion rahoittaman rakentamisen ongelmat, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja, 10/2017

Yhdysvaltain liikenneministeriö (United States Department of Transportation): Report to Congress on Public-Private Partnership, joulukuu 2004, sähköinen versio saatavilla osoitteessa <https://www.fhwa.dot.gov/reports/pppdec2004/pppdec2004.pdf>, ladattu 31.7.2018

LYHENTEET

HankL	Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)
HeHO	Helsingin hovioikeus
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KSE	Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot KSE 2013
KVR	Kokonaisvastuurakentaminen
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228)
OYL	Osakeyhtiölaki (21.7.2006/624)
PPP	Public-private partnership
YSE	Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE 1998

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimuksen taustaa

1.1.1. Ajankohtaista

Viime vuosina yhteiskunnallisessa keskustelussa on esitetty elinkaarimallia yhdeksi ratkaisuvaihtoehtoksi julkisen rakennuttamisen budjetointia ja sisäilmastoa koskeviin ongelmiin.¹ Elinkaarimalli on varsin uusi toteutusmuoto, etenkin julkisten toimitilojen rakennushankkeissa, mutta sen suosio on kasvanut nopeasti. Ennen vuotta 2009 Suomessa oli toteutettu ainoastaan yksi toimitilahanke elinkaarimallilla, mutta vuoteen 2018 mennessä toteutuneita toimitilahankkeita oli jo useita kymmeniä ja hankkeisiin oli investoitu kaikkiaan noin 1,3 miljardia euroa.² Näiden lisäksi elinkaarimallin nimellä on toteutettu muutamia suuria valtion väylähankkeita. Myös valtiovalta on pyrkinyt elinkaarimallin käyttökelpoisuuden lisäämiseen tuoreella verolainsäädännön muutoksella, jonka tavoitteena on edesauttaa valtion väylähankkeissa käytetyn yksityisrahoitteisen elinkaarimallin toteuttamista myös muissa rakennushankkeissa.³ Tilaajan näkökulmasta elinkaarihankkeiden ongelmana on kuitenkin ollut hankkeista kiinnostuneiden urakoitsijoiden vähäinen määrä ja kilpailun puute.⁴ Tästä voitaneen tehdä johtopäätös, että monet urakoitsijat näkevät elinkaarihankkeissa riskejä, joita ne eivät pysty riittävästi hallitsemaan. Tässä tutkimuksessa tarkastellaankin urakoitsijan näkökulmasta, mitä sopimusriskejä elinkaarimalliin liittyy.

Elinkaarimallin määritelmään palataan vielä jäljempänä, mutta tässä kohtaa on syytä avata lyhyesti, mistä on kysymys. Elinkaarimallilla voidaan tarkoittaa eri yhteyksissä eri asioita, mutta rakentamisen kontekstissa sillä tarkoitetaan yleensä tapaa toteuttaa julkisia rakennushankkeita.⁵ Yksinkertaistettuna elinkaarimallit voidaan jakaa rakennuskohteen rahoittamisen perusteella kahteen erilaiseen toteutustapaan: julkisrahoitteiseen ja yksityisrahoitteiseen. Yhteistä malleille on se, että elinkaarihankkeen toteuttaja sitoutuu ennalta määritellyksi ajaksi ylläpitämään rakennuskohteen

¹ VaVM 25/2017 vp, s. 2-3 ja Virtanen 2017, s. 16-17.

² Tompuri 2018.

³ HE 155/2017 vp, s. 4.

⁴ Tompuri 2018 ja RAKLI:n selvitys 19.1.2012.

⁵ Toistaiseksi mallia on käytetty vain julkisissa rakennushankkeissa, mutta mitään periaatteellista estettä ei ole sille, että mallia käytettäisiin myös yksityisessä rakennuttamisessa.

sopimuksen mukaisessa käyttökunnossa. Perinteisissä rakennushankkeiden toteutusmuodoissa toteuttajalle ei kuulu ylläpitovastuuta. Kuvassa 1 esitetään yksinkertaistettu vertailu eri toteutusmuotojen vastuunjaosta tilaajan ja toteuttajan välisessä suhteessa.

VASTUUALUE	RAKENNUSHANKKEEN TOTEUTUSMUOTO			
	Kokonaisurakka	KVR-urakka	Julkisrahoitteinen elinkaarimalli	Yksityisrahoitteinen elinkaarimalli
Rahoitus	Tilaaja	Tilaaja	Tilaaja	Toteuttaja
Suunnittelu	Tilaaja	Toteuttaja	Toteuttaja	Toteuttaja
Rakentaminen	Toteuttaja	Toteuttaja	Toteuttaja	Toteuttaja
Ylläpito	Tilaaja	Tilaaja	Toteuttaja	Toteuttaja

Kuva 1. Vastuunjakovertilu elinkaarimallien ja perinteisten toteutusmuotojen kesken.

Julkisrahoitteisessa mallissa tilaajana toimiva julkinen taho järjestää hankkeelle rahoituksen. Julkisrahoitteista elinkaarimallia on käytetty lähinnä kuntien toimitilarakentamisessa. Valtion väylärakentamisessa käytetyssä yksityisrahoitteisessa elinkaarimallissa urakoitsija hankkii rahoituksen hankkeelle. Koko hankkeen sopimusrakenteiden kannalta mallit eroavat huomattavasti toisistaan. Yksityisrahoitteisen elinkaarimallin keskeisimpänä ominaispiirteenä voidaan pitää nimenomaan rahoitusta. Tepora käyttääkin mallista nimitystä elinkaarirahoitusmalli,⁶ jota voi pitää kuvaavana nimityksenä hankkeelle.

1.1.2. Elinkaarimalli - Public-Private Partnership (PPP)

Elinkaarimalli ei ole alun perin suomalainen innovaatio, joskin nykyisin koulu- ja päiväkotirakentamisessa käytettävät mallit ovat sittemmin kehittyneet suomalaisen käytännön pohjalta. Ensimmäiset elinkaarihankkeet Suomessa olivat kuitenkin osa kansainvälistä Public-Private Partnership (PPP) -trendiä, jonka katsotaan usein saaneen alkunsa Iso-Britanniasta.⁷ Britannian hallitus teki vuonna 1992 lakialoitteen yksityisrahoituksen lisäämisestä julkisissa infrastruktuurihankkeissa. Aloite oli nimeltään Private Finance Initiative, minkä johdosta erityisesti Iso-Britanniassa on käytetty yksityisrahoitteisista rakennushankkeista nimitystä PFI -hankkeet. Sittemmin PFI-hankkeilla

⁶ Tepora 2013, s. 400.

⁷ Lahdenperä ja Rintala 2003, s. 10.

on Britanniassa viitattu myös projekteihin, joissa ei ole yksityistä rahoitusta, mutta joissa hankkeen toteuttajalla on ollut rooli myös palvelun tuottamisessa.⁸

PFI -hankkeet löivät Britanniassa kunnolla läpi vasta vuodesta 1996 alkaen Labour -puolueen noustua valtaan. Hankkeet olivat osa uuden hallinnon lanseeraamaa politiikkaa, jossa yksityisten toimijoiden roolia haluttiin yleisesti ottaen lisätä julkisessa palvelutuotannossa. Poliitiikan mukaiset hankkeet saivat uuden nimen Public-Private Partnership (PPP).⁹ Nykyisen PPP -hankkeiden suosion Euroopassa voineekin katsoa alkaneen Britanniasta, mutta maailmanlaajuisesti yksityisen rahoituksen hankkiminen julkisiin infrastruktuurihankkeisiin ei ollut uusi ajatus. Yksityisrahoitteisia julkisia infrastruktuurihankkeita oli toteutettu Australiassa 1980-luvun alkupuolella ja Yhdysvalloissa jo 1970-luvun puolivälissä.¹⁰ Joka tapauksessa hankkeiden suosio on ollut Britanniassa omaa luokkaansa. Britannian valtiovarainministeriön laskelmien mukaan vuoteen 2010 mennessä oli allekirjoitettu 667 PFI -hankesopimusta.¹¹

Suomalaisessa keskustelussa usein todetaan, että elinkaarimallin kansainvälinen vastine on Public-Private Partnership (PPP).¹² Tämä rinnastus ei kuitenkaan ole kovin onnistunut, sillä Public-Private Partnership -käsitteelle ei ole kansainvälisesti hyväksyttyä määritelmää ja sen käyttöala on joka tapauksessa suomalaista elinkaarimallia huomattavasti laaja-alaisempi. Kokonaan toinen asia on, että suomalaisessa kontekstissa PPP-mallilla näytetään melko vakiintuneesti viitattavan nimenomaan yksityisrahoitteiseen elinkaarimalliin erotuksena ”tavalliseen” elinkaarimalliin.

Public-Private Partnership – tai PPP -termin ongelma on sen yleisluonteisuus ja monitulkintaisuus sekä tietyssä mielessä myös poliittisuus. Termillä voidaan kansainvälisesti viitata nimensä mukaisesti hyvin monenlaiseen julkisten ja yksityisten organisaatioiden väliseen yhteistyöhön julkisessa palvelutuotannossa, eikä siihen välttämättä liity rakentaminen mitenkään. Hodge, Greve ja Board-

⁸ Li ja Akintoye 2007, s. 10.

⁹ Hellowell 2010, s. 307-308; Wettenhall 2007, s. 34.

¹⁰ Wettenhall 2007, s. 33-34 (Australia); Linder 1999, s. 35 (Yhdysvallat).

¹¹ Hodges & Mellet 2012, s. 236.

¹² Mm. Sailas 2007, s. 2; Lehtikankare 2013, s.1; Liikenneviraston ennakoilmoitus julkisten hankintojen ilmoituspalvelu HILMA:ssa: Hailuodon kiinteä yhteys -elinkaarihankkeen (PPP) palvelusopimus

man kuvaavatkin osuvasti PPP -ilmiötä arvoitukseksi, jonka määritelmästä, alkuperästä ja kontribuutiosta edelleen kiistellään.¹³ Termin poliittisuus liittyy siihen, että sen käyttöä on kritisoitu yritykseksi naamioda ideologista yksityistämistä hyväksyttävämmältä kuulostavalla kumppanuudella.¹⁴ Public-Private Partnership ja PPP -termien käyttö joka tapauksessa levisi 1990-luvulla samalla, kun infrastruktuurihankkeissa ympäri maailman lisättiin yksityisen rahoituksen osuutta.¹⁵

Kuten todettua, PPP kansainvälisessä kontekstissa on yleensä paljon muutakin kuin yksityisrahoitteinen elinkaarimallilla toteutettu rakennushanke. Esimerkiksi Britanniassa PPP käsittää PFI -hankkeiden ohella kaiken sellaisen toiminnan, jossa yksityinen toimija sijoittaa varoja julkiseen toimintaan. PPP:ksi voidaan katsoa muun muassa tarpeettoman julkisen omaisuuden myyminen yksityiselle.¹⁶ Yhdysvaltalaisessa keskustelussa puolestaan PPP määritellään kumppanuutta korostavaksi julkisen yksikön hankintasopimukseksi, jossa toisena osapuolena olevalla yksityisellä toimijalla on tavanomaista enemmän päätösvaltaa projektin toteutustavan valinnassa.¹⁷ Muun muassa Suomessa KVR -hankkeina paremmin tunnetut Design and Build -hankkeet ovat tämän määritelmän mukaisesti PPP -hankkeita.¹⁸

1.1.3. PPP-hankkeet Suomessa

Ensimmäinen PPP-mallilla toteutettu hanke Suomessa oli moottoritien rakennushanke valtatiellä 4 välillä Järvenpää - Lahti. Hankkeen sopimus allekirjoitettiin vuonna 1997 ja se sisälsi moottoritien suunnittelun, rahoituksen, rakentamisen ja kunnossapidon. Moottoritie luovutettiin 15 vuoden sopimuskauden päätteeksi vuonna 2012 liikennevirastolle.¹⁹ Seuraava suomalainen PPP-hanke toteutettiin vuosina 2001-2003, kun Espoon kaupungin kiinteistöistä vastaava Espoon Toimitilat Oy tilasi uimahalli- ja koulurakennuksen hanketta varten perustetulta projektiyhtiöltä. Tämä on myös tietävästi Suomessa ainoa toimitilahanke, jossa on käytetty PPP -hankkeille tyypillistä erillistä projektiyhtiötä.

¹³ Hodge ym. 2010, s. 3.

¹⁴ Ks. esim Linder 1999, Wettenhall 2007, s. 36-37, Greve ym. 2005, s. 1-2.

¹⁵ Li ja Akintoye 2007, s. 4.

¹⁶ Li ja Akintoye 2007, s. 9-10.

¹⁷ U.S.DOT 2004, s. viii-ix; NCHRP 2009, s. 7. Tosin Yhdysvalloissa on määritelty PPP myös enemmän alkuperäistä PFI:tä vastaavasti. Ks. U.S. GAO 1999, s. 13-14.

¹⁸ U.S.DOT 2004, s. 34; NCHRP 2009, s. 8.

¹⁹ Liikenneviraston tiedote 30.8.2012.

Ensimmäisten kotimaisten PPP-hankkeiden yhteydessä hankkeista käytettiin termiä yksityisrahoitushanke.²⁰ Vuonna 2003 VTT:n tutkimusraportissa lanseerattiin termi elinkaarivastuuhankinta (EKV-hankinta),²¹ joka kuvaa hyvin toteutusmuodon keskeisintä erityispiirrettä, vaikka urakoitsijan vastuu ei yleensä katakaan kirjaimellisesti koko rakennuskohteen elinkaarta. Ensimmäiset PPP -hankkeet olivat joka tapauksessa yksityisrahoituksella toteutettuja ja PPP onkin alun perin rinnastunut niin sanottuun DBFO -malliin (Design – Build – Finance – Operate). Suomen tiehallinnon vuonna 2003 julkaistuun hankintastrategiaan kuului kuitenkin testata erilaisia hankintamalleja, ja vuonna 2005 valmistunut Lahti-Heinola -moottoritie toteutettiin niin sanotulla DBOM -mallilla (Design – Build – Maintain – Operate), johon ei sisälly yksityisrahoitusta. Sekä DBFO-että DBOM -mallilla tavoiteltiin matalampia elinkaarikustannuksia. Näin ollen molempia toteutusmuotoja kuvaavaksi termiksi soveltui elinkaarimalli.²² Vuonna 2004 Rakennusteollisuus ry:n koordinoimana käynnistetty suomalaisen PPP-mallin kehityshanke olikin jo nimeltään Elinkaarimallit -hanke.²³

Yksityisrahoitteisella elinkaarimallilla on sittemmin toteutettu juuri moottoritierakentamisessa joitakin hankkeita, mutta toimitilarakentamisessa ei lainkaan. Yhtenä hidasteena yksityisrahoitteisen elinkaarimallin käytölle toimitilarakentamisessa on ollut verolainsäädäntö. Verotuksessa yleisten jaksottamissääntöjen mukaan tulo on sen verovuoden tuottoa, jonka aikana suorite on luovutettu. Elinkaarimallilla toteutetuissa hankkeissa on katsottu suorite luovutetuksi silloin, kun rakennuskohte on otettu käyttöön. Yksityisrahoitteisissa elinkaarihankkeissa hankkeen toteuttaja saa kuitenkin maksun suoritteesta kiinteänä palvelumaksuna noin 20 vuoden pituisen sopimuskauden aikana. Tästä seuraa, että yleisten jaksottamissääntöjen perusteella hankkeen toteuttaja joutuisi maksamaan veroa arvioperusteisesti ennen kuin on saanut maksua tuottamastaan elinkaaripalvelusta. Tämä puolestaan aiheuttaisi ylimääräisiä rahoituskustannuksia toteuttajalle. Verolainsäädäntöön tehtiinkin 1990-luvulla valtion väylähankkeiden osalta poikkeussäännökset, joilla verotus saatiin vastaamaan elinkaarihankkeiden taloudellista todellisuutta.²⁴ Vuonna 2016 puolestaan viisi suu-

²⁰ Tepora Jarno, Tieteen termipankki 10.08.2018: Oikeustiede:yksityisrahoitus.

²¹ Lahdenperä ja Rintala 2003.

²² Pakkala ym. 2007, s. 20-21.

²³ Elron 2009, s. ii.

²⁴ Verolainsäädännössä elinkaarihankkeita kutsutaan kokonaishoitopalveluiksi.

rinta kaupunkia tekivät valtiovarainministeriölle esityksen, että arvonlisäverolakia ja lakia elinkeinotulon verottamisesta muutettaisiin siten, että poikkeussäännökset laajennettaisiin koskemaan myös muuta yksityisrahoitteisella elinkaarimallilla toteutettua rakentamista. Esitys johti toivottuun muutokseen ja lakimuutokset (laki arvonlisäverolain 15 ja 29 §:n muuttamisesta 1133/2017 ja laki elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 19 a ja 27 c §:n muuttamisesta 1132/2017) tulivat voimaan vuoden 2018 alusta. Ensimmäinen lainsäädäntömuutosta hyödyntävä hanke on vuoden 2019 alussa edennyt tarjouskilpailuvaiheeseen. Hankkeen kohteena on Espoon kaupungin yhdeksän uutta koulua ja päiväkotia.²⁵

Espoon kaupungin yksityisrahoitteisella elinkaarimallilla toteutettavassa toimitilahankkeessa on onnistuttu yhdistämään useita rakennuskohteita samaan hankintaan kasvattaen siten hankkeen kokonaislaajuutta. Toimitilahankkeita on tähän asti pidetty liian pieninä, jotta niihin kannattaisi tarjota projektirahoitusta suhteettoman korkeiden tarjouskustannusten vuoksi.²⁶ Elinkaarimallien kehittäminen Suomessa onkin eriytynyt valtion väylähankkeissa käytettävään yksityisrahoitteiseen malliin sekä lähinnä kuntien toimitilahankkeissa käytettävään julkisrahoitteiseen elinkaarimalliin. Mallien kehittäminen on ollut enemmän ja vähemmän koordinoitua. Esimerkiksi Kuntaliitto on yhteistyössä Rakennusteollisuus RT ry:n sekä asunto-, toimitila-, ja rakennuttajaliitto RAKLI ry:n kanssa laatinut elinkarihankkeille palvelusopimusmallin, joka on tarkoitettu vain julkisrahoitteisiin toimitilahankkeisiin.²⁷ Mallia ei kuitenkaan ole laajasti omaksuttu käyttöön, mutta se on toiminut pohjana mallien edelleen kehittämiseksi, joka on ollut pitkälti tilaajien käyttämien konsulttien johtamaa.²⁸ Tällä hetkellä on myös käynnissä hanke, jonka tavoitteena on, että sekä yksityisrahoitteisesta että julkisrahoitteisesta mallista saataisiin Rakennustietosäätiön ylläpitämään RT-kortistoon yleiset sopimusehdot.²⁹

²⁵ Espoon kaupunki, 11.2.2019.

²⁶ Tolvanen 2014, s. 56.

²⁷ Sopimusmalli julkaistiin syyskuussa 2013, ladattavissa osoitteessa: <https://www.rakennusteollisuus.fi/Rakennusteollisuus-RT/Elinkeinoasiat/Elinkaarimallit/Elinkarihankkeiden-sopimusmalli/>.

²⁸ Erityisesti Kuntarahoituksen tytäryhtiö Inspira Oy on ollut aktiivinen elinkaarimallin kehittäjä. Inspira perustettiin vuonna 2007 Lahdenperän ja Rintalan VTT:n raportissa ehdottamalla tavalla asiantuntijayksiköksi avustamaan julkisia tilaajia elinkarihankinnoissa sekä kehittämään tarvittavia pelisääntöjä ja toimintaprosesseja (Ks. Lahdenperä & Rintala 2003, s. 51).

²⁹ Taustahaastattelut.

1.2. Tutkimuskohteen määrittely

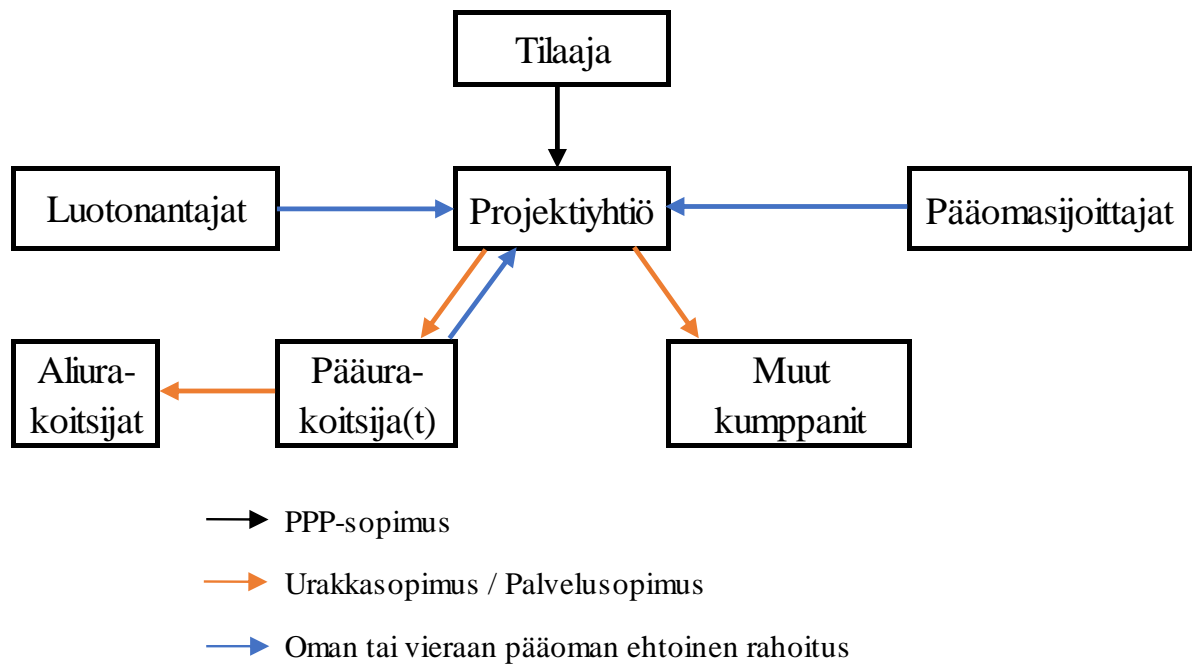
Kuten todettua, elinkaarimalleja Suomessa toteutetaan pääpiirteissään kahdella tavalla – julkisrahoitteisesti ja yksityisrahoitteisesti. Julkisrahoitteisessa mallissa rakennushankkeen toteuttaja saa korvauksen erikseen rakennusurakasta ja erikseen ylläpidosta. Yksityisrahoitteisessa mallissa hankkeen toteuttajalle maksetaan sopimuskauden ajan palvelumaksua, johon sisältyvät myös rakennusurakan rahoituskulut. Käytännössä toteutusmuodot eroavat rahoitusvastuun lisäksi muutenkin olennaisella tavalla toisistaan. Syy toteutusmuotojen erilaisuuteen on kuitenkin pohjimmiltaan juuri rahoituksessa, joka yksityisrahoitteisessa elinkaarimallissa on käytännössä projektirahoitusta.³⁰

Jotta hankkeen rahoittaminen yksityisen rahoittajan toimesta olisi tilaajan kannalta järkevää, tulee hankkeen kokoluokan olla riittävän suuri. Tämä taas johtaa siihen, että hankkeen toteuttamiseen tarvitaan useita toimijoita, jolloin vastuusuhteiden järjestämiseksi käytännöllisen institutionaalisen riskienjakovälineen tarjoaa yleensä projektiyhtiö.³¹ Yksityisrahoitteiset elinkaarihankkeet onkin toteutettu poikkeuksetta projektiyhtiömuodossa. Kuntien toimitilahankkeissa ei puolestaan yleensä ole mitään syytä perustaa erillistä projektiyhtiötä, joka käytännössä ainoastaan vaikeuttaisi vastuusuhteiden määrittelyä tilaajan ja urakoitsijan välillä. Julkisrahoitteisessa elinkaarihankkeessa tehdäänkin lähtökohtaisesti sopimus ainoastaan tilaajan ja urakoitsijan välillä. Yksityisrahoitteisessa elinkaarihankkeessa vastuusuhteet perustuvat projektiyhtiörakenteen lisäksi useiden toimijoiden väliseen sopimusverkostoon, johon kuuluvat erilaisten projektisopimusten lisäksi rahoitus- ja vakuussopimukset.³² Kuvassa 2 havainnollistetaan yksinkertaistetulla esimerkillä yksityisrahoitteisen elinkaarihankkeen sopimusrakennetta. Kuvassa 3 puolestaan esitetään tiivistetysti yksityisrahoitteisen ja julkisrahoitteisen elinkaarimallin erot.

³⁰ Tepora 2013, s. 400.

³¹ Mähönen – Villa 2015, s. 167-168; Tepora 2013, s. 394.

³² Tepora 2013, s. 383-391.



Kuva 2. Rautalankamalli yksityisrahoitteisesta elinkaarimallista.³³

	Julkisrahoitteinen elinkaarimalli	Yksityisrahoitteinen elinkaarimalli (PPP / Elinkaarirahoitusmalli)
Toteutusmuoto	DBOM (Design-Build-Operate-Maintenance)	DBFO (Design-Build-Finance-Operate)
Rahoitus	Tilaaaja hankkii rahoituksen	Toteuttaja hankkii rahoituksen
Toteuttaja	Urakoitsija	Projektiyhtiö (sijoittajat + urakoitsija)
Urakoitsijan rooli	KVR-urakka + ylläpito	KVR-urakka (+ rahoitus + ylläpito)
Urakoitsijan vastuu tilaajalle	Vastaa suoraan tilaajalle yhteisvastuullisesti mahd. kumppanin kanssa	Vastuu suhteessa tilaajaan kanavoituu projektiyhtiön kautta
Toteutetut hankkeet	40-50 hanketta	Muutamia hankkeita
Rakennuskohteet	Koulut ja päiväkodit	Valtion väylähankkeet

Kuva 3. Julkisrahoitteisen ja yksityisrahoitteisen elinkaarimallin erot.

³³ Tepora 2013, s. 400-405; Lehtikankare – Nygård 2013, s. 52.

Tässä kohtaa tutkimusta on tehtävä merkittävä tutkimuskohteen rajaus määrittelemällä elinkaari-malli tutkimuksen kannalta relevantilla tavalla. Kaikkien elinkaarimallin nimellä toteutettujen hankkeiden ottaminen tutkimuksen kohteeksi olisi nimittäin hyvin ongelmallista. Edellä on esi-telty lyhyesti eri toteutusmuodot, joista on käytetty termiä elinkaarimalli. Kuten todettua, yksityis-rahoitteinen elinkaarimalli poikkeaa sopimusrakenteensa ja vastuusuhteidensa osalta olennaisesti tilaajan rahoittamasta elinkaarimallista, erityisesti hanketta varten perustettavan projektityhtiön vuoksi. Sopimusriskien tarkastelu yksityisrahoitteisen elinkaarimallin kohdalla painottuisi merkit-täviltä osin projektirahoituksen tarkasteluun laajentaen siten kohtuuttomasti tutkimuskohdetta. Näin ollen yksityisrahoitteisen elinkaarimallin erityispiirteet rajautuvat tutkimuksen ulkopuolelle. Rajaus on perusteltu myös siinä mielessä, että sen käyttö on toistaiseksi rajoittunut muutamiin – joskin merkittäviin – valtion väylähankkeisiin. Tutkimus ei kuitenkaan ole merkityksetön yksi-tyisrahoitteisen elinkaarimallin kannalta, sillä myös siihen sisältyy yleensä julkisrahoitteisen elin-kaarimallin tyyppinen sopimus projektityhtiön ja urakoitsijan välillä. Tutkimuksen tulokset pätevät monelta osin myös tällaiseen sopimukseen, mutta tutkimuksessa ei kuitenkaan kiinnitetä siihen erityistä huomiota.

Tässä yhteydessä voidaan todeta myös toinen, vähäisempi rajaus, joka koskee korjausrakenta-mista. Elinkaarimallia on käytetty myös saneeraushankkeisiin, mutta käyttö on ollut hyvin vä-häistä. Tämä on ymmärrettävää saneerauskohteisiin usein sisältyvien vaikeasti hallittavien teknis-ten riskien vuoksi. Tutkimustulosten soveltuvuuden kannalta ei ole olennaista merkitystä onko kyse korjaus – vai uudisrakentamisesta, mutta tutkimuksen keskittyessä elinkaarimallin ominai-simpiin piirteisiin korjausrakentamiseen liittyvät erityispiirteet rajautuvat tutkimuksen ulkopuo-lelle.

Terminologian selkeyttämiseksi tässä tutkimuksessa *elinkaarimallilla* ja *elinkaarihankkeella* tar-koitetaan jatkossa vain julkisrahoitteista elinkaarimallia tai -hanketta. Tarvittaessa yksityisrahoit-teiseen elinkaarimalliin viitataan nimenomaan *yksityisrahoitteinen* -etuliitteellä. Puhuttaessa mo-lemmista malleista sekä niiden kansainvälisistä vastineista, käytetään nimitystä *PPP-hankkeet*.

1.3. Tutkimustehtävä

Elinkaarihankkeiden eduista ja haitoista on kirjoitettu melko runsaasti, mutta lähes poikkeuksetta tilaajan näkökulmasta. Toteutusmuodon arviointi yksipuolisesti tilaajan näkökulmasta ei ole omi-aan kehittämään optimaalisia käytäntöjä. Todetusti urakoitsijoiden puolelta elinkaarihankkeisiin

on kuitenkin suhtauduttu jossakin määrin varauksellisesti, mikä voi olla osoitus siitä, että hankkeiden riskinjako ei ole kaikilta osin selkeä ja tasapainoinen. Tässä tutkimuksessa tavoitteena on selvittää urakoitsijan näkökulmasta, minkälaisia riskejä elinkaarimalliin liittyy. Tieto voi olla arvokasta sekä tilaajan että urakoitsijan näkökulmasta. Jos riskit johtuvat tilaajasta tai toteutusmuodon epätasapainoisesta riskienjaosta, tilaaja voi vaikuttaa urakoitsijan riskiin. Urakoitsijalle tutkimus voi puolestaan tarjota lähtökohtia riskienhallintaan ja sopimusneuvotteluihin.

Tutkimuksen tavoitteen voi jäsentää kahteen osaan. Ensinnäkin tavoitteena on selvittää, miten ja mihin elinkaarimallissa sitoudutaan. Toiseksi pyritään selvittämään mitä riskejä sitoutumiseen liittyy. Tutkimuksen tavoitteena on vastata nimenomaan elinkaarimalliin liittyviin kysymyksiin, mikä tarkoittaa sitä, että tutkimus painottuu perinteisestä urakoinnista poikkeaviin piirteisiin. Tutkimuksessa ei siis pyritä antamaan kattavaa kuvaa esimerkiksi kaikista rakennusurakointiin liittyvistä riskeistä, vaan huomio kiinnittyy elinkaarimallin erityispiirteisiin.

Jotta tutkimustavoite voidaan täyttää, on tavoite pyrittävä pilkkomaan relevantteihin tutkimuskysymyksiin. Luvussa 1.1. on jo käsitelty PPP-hankkeiden historiaa ja keskeisiä ominaispiirteitä, mutta jotta voidaan pureutua urakoitsijan elinkaarimalliin liittyviin sopimusriskeihin, on elinkaarimallin sopimusrakennetta avattava tarkemmin. Urakoitsijan sopimustoiminnan ymmärtämiseksi on myös tarkasteltava rakennusurakkasopimuksia yleisesti. Lisäksi on tutkittava, miten riskejä – erityisesti sopimusriskejä – voidaan tunnistaa. Näihin tutkimusta alustaviin kysymyksiin vastaamisen jälkeen päästään vastaamaan tutkimuksen pääkysymykseen, eli tarkastelemaan elinkaarimallille ominaisia sopimusriskejä.

Alustavat tutkimuskysymykset:

- 1) *Millainen sopimusrakenne on elinkaarimallissa?*
- 2) *Miten elinkaarimalli poikkeaa perinteisistä rakennusurakkasopimuksen muodoista?*
- 3) *Mitä ovat sopimusriskit ja miten niitä voidaan tunnistaa?*

Päätutkimuskysymys:

- 4) *Millaisia ovat elinkaarimallille ominaiset urakoitsijan sopimusriskit ja miten urakoitsija voi niihin vaikuttaa?*

1.4. Tutkimuksen metodi ja tutkimusaineisto

Vaikka tutkimus on tehty riskien näkökulmasta, kysymys on kuitenkin ensisijaisesti lainopillisesta – tarkemmin sopimusoikeudellisesta tutkimuksesta. Lainopillisen tutkimuksen tehtävänä on voimassaolevan oikeuden systematisointi ja tulkinta.³⁴ Sopimusoikeudessa tutkitaan muun muassa sopimuksen syntymistä ja sitovuutta sekä määritetään sopimusvelvoitteiden sisältöä.³⁵ Sopimuksen syntymisen ja sitovuuden määrittely on voimassaolevan oikeuden tulkintaa. Sopimusvelvoitteiden määrittelyssä on puolestaan kysymys sopimuksen tulkinnasta.³⁶ Sopimuksen sisältö määrittyy varsinaisen sopimusaineiston lisäksi voimassaolevan oikeuden perusteella, miltä osin sopimuksen tulkinta on myös voimassaolevan oikeuden tulkintaa.³⁷ Laajassa mielessä sopimuksen tulkinnan voidaan katsoa kuuluvan kokonaan voimassaolevan oikeuden tulkintaan. Sopimuksen oikeudellinen sitovuus tarvitsee nimittäin perustan voimassaolevasta oikeudesta.³⁸ *Sopimusten sitovuuden* periaate (*pacta sunt servanda*) onkin voimassaolevan oikeuden yksi perustavanlaatuisimpia periaatteita. On kuitenkin tiedostettava, että sopimuksen tulkintaa ei pidä samastaa voimassaolevan oikeuden tulkintaan. Sopimuksen tulkintaan on omat, voimassaolevan oikeuden tulkintaperiaatteista poikkeavat periaatteensa, jotka sinänsä ovat osa voimassaolevaa oikeutta.³⁹

Tämän tutkimuksen tavoitteena on todetusti tunnistaa elinkaarimalliin liittyviä urakoitsijan sopimusriskejä. Sopimusriski voidaan määritellä monella tavalla, mutta usein sillä viitataan yleisesti riskeihin, joiden realisoituminen vaikuttaa kielteisesti sopimuksen tavoitteisiin.⁴⁰ Sopimusriskien tunnistaminen on käytännössä monelta osin sopimuksen riskienjaon tunnistamista. Tilanteessa, jossa sitovan sopimuksen tavoitteet eivät toteudu, sopimuksen riskienjako määrittää sen, kumpi osapuoli on vastuussa aiheutuneesta vahingosta.⁴¹ Tältä osin sopimusriskien tunnistaminen on sopimuksen tulkintaa.

³⁴ Aarnio 1997, s. 36-37.

³⁵ Halila – Hemmo 2008, s. 2.

³⁶ Sopimuksella tarkoitetaan tässä kaikkia sopimussuhdetta määrittäviä sopimus- ja oikeusnormeja.

³⁷ Sopimuksen täydentäminen katsotaan tässä osaksi sopimuksen tulkintaa. Ks. luku 5.1.

³⁸ Ks. Telaaranta (1953, s. 79-81), joka rinnastaa *yksityisautonomian* (ts. *sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden*) delegoituun lainsäädäntövaltaan.

³⁹ Hemmo 2007, s. 563-568.

⁴⁰ Esim. Hemmo 2005, s. 11; ja Haapio 2014, s. 78. Sopimusriskin määritelmästä tarkemmin luvussa 3.2.

⁴¹ Halila Heikki, Tieteen termipankki 9.03.2019: Oikeustiede:riskinjako.

Sopimusriskien tunnistaminen ei kuitenkaan ole pelkästään sopimuksen tulkintaa. Sopimuksen tekemiseen ja sopimusneuvotteluihin liittyviä riskejä pidetään yleensä myös sopimusriskeinä,⁴² vaikkei se olekaan välttämättä johdonmukaista, sillä riskit liittyvät tilanteisiin, joissa sopimusta ei vielä ole olemassa. Näitä riskejä ovat ainakin neuvotteluriski, neuvotteluvastuuriski ja sitovuusriski. Sopimusriskiä kuvaavampi termi näille olisikin sopimisriski. Kyseisten riskien tarkastelu tässä tutkimuksessa on määritelmällisestä epäloogisuudesta huolimatta perusteltua, koska ne vaikuttavat olennaisesti urakoitsijan elinkaarihankkeeseen ryhtymistä koskevaan harkintaan. Näiden riskien osalta riskien tunnistaminen on ensisijaisesti voimassaolevan oikeuden tulkintaa, sillä riskien realisoitumistilanteissa ei ole sopimusta, joka määrittelisi osapuolten välistä oikeussuhdetta.⁴³

Edellä esitetty sopimusriskien tarkastelutapa ei vielä tuo esille riskinäkökulmaa, vaan kyse on itseasiassa sopimusvelvoitteiden ja vastuiden tarkastelusta. Tässä tutkimuksessa halutaan kuitenkin korostaa elinkaarihankkeeseen ryhtymistä harkitsevan urakoitsijan näkökulmaa. Tällöin mahdolliset sopimukseen ja sopimusneuvotteluihin liittyvät vastuut ja velvoitteet näyttäytyvät potentiaalisina riskeinä. Sopimusriskien näkökulman myötä tarkasteltavaksi tulee myös vastuiden realisoinumisen todennäköisyys ja vaikutusten merkitys. Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksenmukaista tehdä varsinaisia riskiarvioita, mutta riskin suuruutta on kuitenkin alustavasti arvioitava, jotta voidaan todeta, onko kyse ylipäättään relevantista riskistä.⁴⁴ Riskien merkityksen kannalta olennaista on huomioida myös ilmeiset riskienhallintakeinot.

Sopimusriskien tarkastelu ei ole analyyttisen sopimusoikeuden valtavirtaa, joten sopimusriskejä systemaattisesti käsitteleviä sopimusoikeudellisia kirjoituksia on melko vähän. Ehdottomasti merkittävin kotimainen teos on sopimustekniikkaan keskittyvä Mika Hemmon Sopimusoikeus III (2005). Tämän lisäksi sopimusriskeistä kirjoitetaan lähinnä niin sanottuun ennakoivaan sopimiseen liittyvissä, riskienhallintaan painottuvissa teoksissa. Ennakoivan sopimisen koulukunta korostaa sopimusten suunnittelua ja sopimuksen merkitystä riskienhallintavälineenä.⁴⁵ Ennakoivan

⁴² Koivu – Leskinen 2014, s. 345-346.

⁴³ Sopimuksen sitovuuden osalta tilanne ei aina ole aivan yksiselitteinen. Esim. Annola (2016, s. 37) rinnastaa sopimuksen sitovuuden tulkinnan sopimuksen tulkintaan. Sitovuusriskissä ei kuitenkaan ole kysymys osapuolten sitoutumisen tulkinnasta Annolan tarkoittamalla tavalla, vaan sitovan sopimuksen syntymisen tulkinnasta (Ibid. s. 38-39).

⁴⁴ Riskin suuruus määritellään yleensä mahdollisen vahingon määrän ja todennäköisyyden tulona (Kuusela ja Ollikainen 2005, s. 17).

⁴⁵ Ks. esim. Haapio 2014, s. 25-30.

sopimisen koulukunnan sopimuksen tarkastelunäkökulmasta voidaan käyttää termiä *ex ante* erotuksena sopimusoikeudelle tavanomaiseen *ex post* -näkökulmaan. *Ex ante* viittaa koko sopimusprosessin etukäteiseen tarkasteluun ja *ex post* viittaa olemassa olevien sopimusvelvoitteiden määrittelyyn.⁴⁶ *Ex ante* -näkökulma ei ole tämän tutkimuksen kannalta erityisen hedelmällinen, sillä siinä on keskeisenä sopimuksen laatijan näkökulma, ja tämän tutkimuksen tavoitteena on selvittää olemassa oleviin sopimuksen ominaispiirteisiin liittyviä riskejä. Sopimusriskien tunnistamisessa ennakoivan sopimisen teokset toimivat kuitenkin käyttökelpoisena lähteenä.

Kuten edeltä käy ilmi, tässä tutkimuksessa käytettävä sopimusriskien tarkastelutapa ei kovin suuresti eroa perinteisestä sopimusvastuiden ja -velvoitteiden tarkastelusta, mutta se tarkastelee niitä eri näkökulmasta. Sopimusriskien tunnistamisessa on siten olennaisesti kyse vastuiden ja velvoitteiden hahmottamisesta. Tämän vuoksi perinteinen sopimusoikeudellinen sekä rakennusurakoita erityisesti koskeva sopimusoikeudellinen kirjallisuus ovat relevantti tutkimuslähde. Rakennusurakoita koskevan kirjallisuuden anti on tosin varsin rajallinen, sillä niissä ei juurikaan käsitellä elinkaarimallia eikä sen ominaispiirteiden kannalta relevantteja kysymyksiä. Elinkaarimallin muihin rakennusurakoihin vertaamisen kannalta rakennusurakaoikeudelliset lähteet ovat tietenkin merkityksellisiä.

Rakennusurakoita koskevassa sopimusoikeudellisessa tutkimuksessa tulkinta kohdistuu usein varsinaiseen sopimusaineistoon luettaviin erilaisiin vakioehtoihin, joita käytetään toimialan sopimus käytännössä varsin vakiintuneesti (Ks. kappale 2.1). Elinkaarimallista ei kuitenkaan toistaiseksi ole laadittu yleisiä sopimusehtoja, jotka olisivat saavuttaneet samalla tavalla vakiintuneen aseman. Tutkimuksessa on siten tyydyttävä muihin sopimuskäytäntöä kuvaaviin lähteisiin. Relevantin sopimuskäytännön hahmottamiseksi tutkimusta varten on toteutettu taustahaastatteluja. Tutkimuksessa on saatu käyttöön kahden elinkaarihankkeen – Espoon kaupungin ja Hollolan kunnan – tarjouspyyntöaineistot, joihin sisältyy luonnokset hankkeiden sopimusaineistoksi. Yksittäisistä sopimuksista ei ole syytä vetää yleistäviä johtopäätöksiä sopimuskäytännön yksityiskohdista, mutta taustahaastattelujen perusteella valtaosa elinkaarihankkeista on sopimusrakenteen keskeisiltä osiltaan kuitenkin varsin samanlaisia. Tätä näkemystä tukee myös se, että Kuntaliiton elinkaarihankkeen palvelusopimusmalli on monelta osin hyvin samanlainen edellä mainittujen sopimusaineistojen kanssa. Taustahaastatteluissa tuli myös esille, että Hollolan elinkaarihankkeen sopimusi-

⁴⁶ Ks. esim. Keskitalo 2000, s. 73.

neistoa käytetään elinkaarimallin yleisten sopimusehtojen kehityshankkeessa valmistelun lähtökohtana. Näin ollen voidaan todeta, että edellä mainitun sopimusaineiston perusteella on melko turvallista tehdä yleistäviä johtopäätöksiä suomalaisen elinkaarimallin keskeisistä sopimusrakenteista. Yksittäisten sopimusehtojen sanamuotoon ei sen sijaan ole tässä tutkimuksessa perusteltua kiinnittää huomiota – havainnollistavia esimerkkejä lukuunottamatta.

Elinkaarimallin tarkoituksen ja ominaispiirteiden hahmottamiseksi tutkimuksessa perehdytään myös sen historiaan. Elinkaarimallia ei ole alun perin kehitetty Suomessa, joten tutkimuksessa on perehdyttävä myös kansainväliseen kehitykseen. Tässä oivana lähdeaineistona toimivat Public-Private Partnership -mallia käsittelevät yhteiskuntafilosofiset ja hallintotieteelliset artikkelit. Suomalaista elinkaarimallin kehitystä etenkin alkuvaiheessa on viety eteenpäin valtiojohtoisilla tutkimusprojekteilla ja selvityksillä. Näiden hankkeiden raportteja käytetään kansallisen elinkaarimallin kehitysvaiheiden selvittämiseksi.

Sopimuksen tekemiseen liittyvien riskien osalta kenties keskeisimmäksi oikeuslähteeksi nousee hankintalainsäädäntö. Elinkaarimallilla toteutetut rakennushankkeet ovat ainakin toistaiseksi olleet poikkeuksetta julkisia hankkeita. Julkisia rakennushankkeita säätelee laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) eli hankintalaki. Laissa säädetään velvoitteita hankintayksiköille koskien hankintamenettelyä, sekä oikeuksia hankintamenettelyn osallisille. Hankintalaki ei kuitenkaan suoraan määrittele hankintayksikön ja urakoitsijan välistä sopimussuhdetta. Käytännössä lailla on kuitenkin erittäin suuri vaikutus sopimuksen tekemiseen julkisissa hankinnoissa. Muita sopimuksen tekemiseen liittyvien riskien tunnistamisen kannalta keskeisiä lähteitä ovat oikeuskäytäntö ja sopimusoikeudellinen kirjallisuus.

1.5. Tutkimuksen rakenne

Tämä tutkimus koostuu johdannosta, viidestä pääluvusta sekä yhteenvedosta. Johdannossa pyritään selvittämään mitä elinkaarimallilla yleisesti tarkoitetaan, mistä elinkaarimalli on peräisin ja minkälaisia hankkeita elinkaarimallilla on toteutettu. Lisäksi johdannossa esitellään tutkimuksen toteuttamistapa. Tutkimuksen pääluvut jakautuvat tutkimuksen toimintaympäristöä analysoiviin lukuihin 2 ja 3, sekä elinkaarimallin sopimusriskejä tarkasteleviin lukuihin 4 – 6. Ensimmäisessä pääluvussa (luku 2) pyritään vastaamaan ensimmäiseen ja toiseen tutkimuskysymykseen, eli siinä tarkastellaan elinkaarimallin sopimusrakennetta ja pyritään tunnistamaan sen ominaispiirteet. Toisessa pääluvussa (luku 3) pureudutaan kolmanteen tutkimuskysymykseen ja tarkastellaan sopi-

musriskien olemusta ja niiden tunnistamista. Luvuissa 4 – 6 pyritään tunnistamaan elinkaarimal-
lille ominaisia sopimusriskejä. Sopimusriskien tunnistamisessa edetään siten, että sopimusriskit
on jaettu karkeasti sopimuksen valmisteluun liittyviin riskeihin (luku 4), sopimuksen mukaiseen
suoritukseen liittyviin riskeihin (luku 5, suorituskustannusriskit) sekä suoritusvirheisiin liittyviin
riskeihin (luku 6, korvausvastuuriskit). Viimeisessä luvussa vedetään yhteen tutkimustuloksia ja
esitetään johtopäätökset suhteessa tutkimuksen lähtökohtiin.

2. ELINKAARIMALLI RAKENNUSURAKKASOPIMUKSENA

2.1. Rakennusurakkasopimuksista yleensä

Sopimusta rakennusurakasta eli rakennusurakkasopimusta (usein vain *urakkasopimus*) ei ole laissa määritelty omaksi sopimustyyppikseen eikä Suomessa ole sitä koskevaa erityislainsäädäntöä.⁴⁷ Rakennusurakkasopimus voidaan näkökulmasta riippuen lukea useisiin lailla sääntelemättömiin sopimustyyppeihin, kuten työurakoihin,⁴⁸ toimeksiantosopimukseen⁴⁹ tai palvelusopimukseen⁵⁰. Rakennusurakkasopimusta voidaan pitää myös omana sopimustyyppinään – erityisesti sille ominaisen vakioehtokulttuurin vuoksi.⁵¹ Lailla sääntelemättömien sopimusten tyypittelyllä ei ole sitovia oikeusvaikutuksia,⁵² mutta sopimuksen tulkinnassa sopimustyyppittelyn avulla voidaan tunnistaa osapuolten tarkoituksen arvioimiseksi relevantti toimintaympäristö.⁵³

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua myös siitä, miten rakennusurakka tulisi määritellä. Tavallisesti rakennusurakka määritellään suoraan sopimukseksi, mutta määritelmää ei voi pitää terminologisesti johdonmukaisena, sillä yleensä rakennusurakkaa koskevasta sopimuksesta käytetään erikseen termiä (rakennus)urakkasopimus. Yleistä kielenkäyttöä paremmin kuvaava määritelmä rakentuisi oikeussuhde -termin varaan. Siten rakennusurakka voitaisiin määritellä sopimukseen perustuvaksi oikeussuhteeksi, jossa urakoitsija on sitoutunut saamaan aikaan tilaajan osoittaman rakennustyöntuloksen sovituissa aikatauluissa ja sovittuun hintaan. Oikeustieteellinen keskustelu rakennusurakan määritelmästä on kuitenkin koskenut lähinnä sitä, tulisiko laskutyönä tehtävä

⁴⁷ Rakennusurakkasopimuksen erityispiirteitä on kuitenkin otettu huomioon kuluttajansuojaa koskevassa lainsäädännössä. Kuluttajasopimuksilla ei kuitenkaan ole tutkimusaiheen kannalta merkitystä.

⁴⁸ Halila – Hemmo 2008, s. 48.

⁴⁹ Halila – Hemmo 2008, s.49.

⁵⁰ Hemmo – Hoppu 2017, luku 3, kohdassa Palvelusopimukset.

⁵¹ Myös Halila – Hemmo (2008) tarkastelee sopimustyyppejä käsittelevässä teoksessaan rakennusurakkaa omana sopimustyyppinään.

⁵² Halila – Hemmo 2008, s. 20-21.

⁵³ Ks. Annola 2016, s. 223-226. Sopimuksen tulkinnasta lisää luvussa 5.1.1. Selvyyden vuoksi todetaan, että tässä tutkimuksessa termiä *sopimustyyppi* ei käytetä ainoastaan soveltuvan lain valintaa ohjaavista sopimustyypeistä, vaan myös yleisemmin vakiintuneen sopimuskäytännön muodostamista sopimustyypeistä.

rakennustyö lukea myös rakennusurakkaan.⁵⁴ Teoreettisen lainopin näkökulmasta laskutyön ja rakennusurakan erillään pitäminen olisi johdonmukaisempaa, mutta rakentamisessa noudatettavan sopimuskäytännön ohjaamana myös laskutyöperusteinen urakka luetaan tässä tutkimuksessa rakennusurakkaan⁵⁵, sikäli kuin sillä on tutkimuksen kannalta merkitystä. Sovitulla hinnalla ei siis rakennusurakan määritelmässä tarkoiteta kiinteää urakkahintaa.⁵⁶

Puuttuvan erityissääntelyn johdosta rakennusurakkasopimuksen osapuolet voivat sopimusvapauden periaatteen mukaisesti sopia rakennusurakasta hyvin vapaasti. Rakennusurakkasopimukset eivät ole poikkeus liike-elämässä, sillä todettu koskee yleisemminkin liike-elämän palvelusopimuksia.⁵⁷ Vaikka sopimusten laatimisessa voidaan käyttää laajaa vapautta, ei sopimusten räätälöiminen jokaista vaihdantaa varten ole taloudellisesti järkevää. Transaktiokustannusten pienentämiseksi monella liike-elämän alalla onkin kehitetty sekä yksipuolisesti laadittuja että alan toimijoiden yhdessä laatimia, niin kutsuttaja *agreed documents* -vakioehtoja. Erityisesti rakennusalalla *agreed documents* -tyyppiset vakioehdot ovat varsin kattavassa käytössä.

Rakennusurakoissa lähes poikkeuksetta noudatettavien rakennusurakan yleisten sopimusehtojen (YSE 1998) lisäksi rakennusalalla on käytössä rakentamiseen liittyviä erityistoimintoja koskevia yleisiä sopimusehtoja ja eri urakkamuotoja koskevia vakiosopimuksen luonteisia mallisopimuksia. Alan toimijoiden yhdessä laatimat sopimusehtokokoelmat ja mallisopimuslomakkeet on

⁵⁴ Kieltävällä kannalla ovat muun muassa Aurejärvi (Urakkasopimus 1976, s. 13-40) ja Halila – Hemmo (Sopimustyyppit 2008, s. 90); myöntävällä kannalla puolestaan esimerkiksi Ryyänen (Urakkasopimuksen muutokset 2016, s. 22-23).

⁵⁵ RT-kortiston laskutyösopimusmallissa laskutyöstä käytetään termiä urakka ja lähtökohtaisesti laskutyöhön sovelletaan rakennusurakan yleisiä sopimusehtoja (RT 80244, ks. esim. kohdat 2, 4 ja 12).

⁵⁶ Näin myös Ryyänen 2016, s. 23

⁵⁷ Hemmo – Hoppu 2017, luku 3, kohdassa Palvelusopimukset

koottu rakennustietosäätiön ylläpitämään RT-kortistoon^{58, 59} Rakennusalan vakioehtoja on kattavuuden ja yksityiskohtaisuuden puolesta pidetty lainsäädäntöön verrattavana normilähteenä.⁶⁰ Oikeuskäytännössä ja oikeustieteessä onkin kehittynyt vakioehtoja koskevaa tulkintanormistoa. Vaikka vakioehdot ja erityisesti YSE 1998 -sopimusehdot ovat vakiinnuttaneet asemansa sopimuskäytännössä, vaatii niiden soveltuminen urakkasopimukseen kuitenkin edelleen sitä, että osapuolet ovat tarkoittaneet liittää ne sopimuksen osaksi.⁶¹

Urakkamuodot

Urakkamuodolla tarkoitetaan rakennusurakoiden lajittelua osapuolten keskeisimpien velvoitteiden perusteella, tavallisesti urakoitsijan suorituslaajuuden tai urakan maksuperusteen mukaan. Urakkamuoto on terminä hiukan harhaanjohtava, sillä yleensä urakkamuoto ottaa kantaa vain joko maksuperusteeseen tai suorituslaajuuteen jättäen toisen avoimeksi. Urakkamuodot eivät ole itsenäisiä sopimustyyppejä, mutta tietyt urakkamuodot sisältävät vakiintuneesti tietyt sopimusehdot. RT-kortiston urakkamuotokohtaiset vakiosopimukset osaltaan vahvistavat urakkamuotojen vakiintumista. Urakkasopimus on kuitenkin täysin sopimusvapauden piiriin kuuluva, eivätkä osapuolet ole sidottuja ennalta määriteltäviin urakkamuotoihin. Rakennushankkeissa voidaan myös yhdistellä erilaisia urakkamuotoja. Urakkamuotojen vakiintuminen kuitenkin osoittaa, että tietyn tyyppisissä urakoissa tietyt sopimusehdot on todettu toimiviksi. Urakkamuodon valinta perustuu pääsääntöisesti tilaajan tarpeisiin, sillä eri urakkamuodot asettavat eri tavalla vaatimuksia tilaajan osaamiselle ja resursseille.⁶²

⁵⁸ RT-kortistoon on lisäksi koottu mm. ohjeita, laatuvaatimuksia ja tuotetietoa.

⁵⁹ Rakennusalan vakioehtojen suosio perustuu niiden yleiseen hyväksyttävyyteen, joka on seurausta siitä, että niiden sopimisessa on ollut tasapuolisesti mukana kaikkien osapuolten edustus (Korhonen 1992, s.27). Rakennustietosäätiön julkaisemilla rakennusurakan yleisillä sopimusehdoilla on myös suhteellisen pitkä historia, sillä ensimmäiset ehdot on julkaistu vuonna 1949 (Oksanen 1985, s. 206).

⁶⁰ Halila – Hemmo 2008, s. 52.

⁶¹ Halila – Hemmo 2008, s. 52; Ks. myös esim. HelHO 27.10.2017/1318, jossa Helsingin hovioikeus torjui YSE 1998 -ehtojen tulemisen sopimuksen osaksi ilman selkeästi havaittavaa osapuolten tarkoitusta.

⁶² Voi kuitenkin olla tilanteita, joissa tilaaja on urakoitsijan löytääkseen pakotettu valitsemaan tietyn urakkamuodon. Esimerkiksi haastavissa saneerauskohteissa voi usein tulla kysymykseen vain laskutyöurakka, koska urakkasuorituksen suuruuden arviointi etukäteen on vaikeaa.

Rakennusurakan perusmuotona on pidetty niin sanottua *kokonaisurakkaa*.⁶³ Siinä tilaaja tekee sopimuksen urakoitsijan kanssa koko rakennusurakasta tilaajan tekemien tai tilaajan kolmannella osapuolella teettämien suunnitelmien pohjalta. Urakoitsija voi suorittaa urakan omin voimin tai teettää osan tehtävistä *aliurakkana* omilla sopimuskumppaneillaan. Tällöin alkuperäistä urakoitsijaa kutsutaan *pääurakoitsijaksi* ja tämän sopimuskumppaneita *aliurakoitsijoiksi*. Pääurakoitsija vastaa aliurakoitsijoidenkin työstä kuin omastaan. Aliurakoitsijat eivät ole sopimussuhteessa tilaajaan.⁶⁴

Tilaaja voi myös itse jakaa urakan ja tehdä urakkasopimukset useiden urakoitsijoiden kanssa. Tällaista urakkaa kutsutaan *jaetuksi urakaksi*. Jaetussa urakassa urakoitsijat eivät lähtökohtaisesti ole sopimussuhteessa keskenään ja jokainen urakoitsija vastaa vain omasta urakastaan tilaajalle.⁶⁵ Tilaaja voi myös sopia, että joku urakoitsijoista on pääurakoitsija ja tehdä urakoitsijoiden kanssa *sivu-urakan alistamissopimuksen*.⁶⁶ Alistamissopimuksella muut urakoitsijat (*sivu-urakoitsijat*) alistetaan pääurakoitsijan työnjohto- ja koordinoimisvallan alle. Rakennustietosäätiön vakiosopimuslomakkeen mukaisessa alistamissopimuksessa sivu-urakoitsijat tulevat myös keskinäiseen vahingonkorvausvastuuseen eikä tilaaja enää vastaa alistettujen urakoitsijoiden toisilleen aiheuttamista vahingoista.⁶⁷ Pääurakoitsijalla työnjohtovaltaa seuraa vastuu myös muiden urakoista ja aikataulun pitävyydestä.⁶⁸

Jaetussa urakassa tilaaja voi käyttää myös konsulttia projektin johtamiseen. *Projektinjohtopalvelusopimuksella* voidaan siirtää rakennuttamistehtävät ja työmaan johtotehtävät projektinjohtokonsultille.⁶⁹ Alistettua jaettua urakkaa muistuttaa paljon myös *projektinjohtourakka*, jossa pääurakoitsija vastaa rakennusurakkansa lisäksi työmaan johtotehtävistä.

Varsinaisen rakennustyön lisäksi tilaaja voi sopia urakoitsijan kanssa myös suunnitelmien tekemisestä. *KVR-urakassa* (kokonaisvastuurakentaminen) urakoitsija vastaa jonkin kokonaisuuden

⁶³ Ks. esim. Oksanen – Laine -Kaskiaro 2010, s. 62 ja Ryyänen 2016, s. 5 ja 28.

⁶⁴ Ks. esim. Ryyänen 2016, s. 28 tai Oksanen – Laine – Kaskiaro 2010, s. 70-71.

⁶⁵ Isohanni 2015, s. 347.

⁶⁶ Sivu-urakan alistamissopimus RT 80271.

⁶⁷ RT 80271, kohdat 6 ja 7.

⁶⁸ Ryyänen 2016, s. 32.

⁶⁹ Projektinjohtopalvelusopimus RT 80314.

suunnittelusta, projektinjohtamisesta sekä toteuttamisesta. KVR-urakasta käytetään myös termejä SR-urakka (suunnittele ja rakenna) sekä avaimet käteen -urakka.⁷⁰

Rakennusallalla käytetään melko vakiintuneesti urakkamuodon käsitettä myös joistakin maksuperusteen mukaan nimetyistä urakoista. Käytäntöä ei voi pitää kovin johdonmukaisena käsitteiden kannalta, sillä maksuperusteet ovat oikeastaan urakoitsijan suorituslaajuuden vastinpari, ja yhdessä ne kertovat olennaisimman rakennusurakan velvoitteista. Olisikin käsitteiden johdonmukaisuuden kannalta toivottavaa, että urakkamuotoa käytettäisiin vain joko suorituslaajuuden tai maksuperusteen yhteydessä. Vakiintuneisuuden mukaan perustellumpaa olisi nimetä urakka suorituslaajuuden mukaan ja käyttää maksuperustetta lisämääreenä. Seuraavassa kuitenkin esitetään lyhyesti maksuperusteen mukaan nimetyt urakat, kuten niitä tavallisimmin käytetään.

Kokonaishintaurakassa urakoitsija toteuttaa sovitun työntuloksen, josta tilaaja suorittaa sovitun kiinteän korvauksen. *Yksikköhintaurakassa* osapuolet sopivat työn edistymistä mittaavista yksiköistä ja yksikkökohtaisesta korvauksesta. Urakoitsijalle suoritetaan korvaus toteutuneiden yksiköiden mukaan.⁷¹ *Laskutyöurakassa* urakoitsijalle korvataan urakan toteuttamiseen vaaditut kustannukset lisättynä sovitulla palkkiolla. Laskutyöurakka on hyvin niukasti urakan määritelmän täyttävä urakkamuoto, kun urakkahinnan ainoa sidos työntulokseen voi olla se, että maksun edellytyksenä on työn valmistuminen. Käsitteellä on kuitenkin rakennusallalla jokseenkin vakiintunut merkitys.⁷² *Tavoitehintaurakka* on puolestaan laskutyöurakan pohjalle rakentuva urakkamuoto. Siinä urakkahinta määräytyy muuten, kuten laskutyöurakassa, mutta urakalle sovitaan tavoitehintaa, joka määrittelee lopullisen urakkahinnan. Jos laskutyön laskutettava määrä alittaa tavoitehinnan, saa urakoitsija alittamisesta palkkion ja toisaalta jos tavoitehintaa ylittyy, tavoitehinnan ylittäneistä kustannuksista urakoitsija ei saa täyttä korvausta.⁷³

⁷⁰ Englanniksi *design & build* tai *turnkey project*.

⁷¹ Ks. esim. Rudanko 1989, s. 25.

⁷² Laskutyösopimus RT 80244.

⁷³ Ks. esim. Ryyänen 2016, s. 31.

2.2. Elinkaarimallin sopimusrakenne

Elinkaarimallin sopimuskausi jakaantuu investointijaksoon ja palvelujaksoon. Investointijakso alkaa sopimuksen allekirjoittamisesta ja pitää sisällään rakennuskohteen suunnittelun ja rakentamisen. Investointijakso päättyy rakennuskohteen vastaanottoon. Palvelujakso puolestaan alkaa rakennuskohteen vastaanotosta ja pitää sisällään rakennuskohteen ylläpidon. Palvelujakso kestää määrääjän (noin 20-25 vuotta) joko sopimuksen allekirjoittamisesta tai rakennuskohteen vastaanotosta lukien. Sopimuskokonaisuudessa on niin sanottu kattosopimus, josta käytetään nimitystä puite- tai raamisopimus. Käytetystä nimestä huolimatta kattosopimusta ei pidä rinnastaa toistuvien sopimussuhteiden ehtoja määrittäviin puitesopimuksiin. Elinkaarimallin kattosopimuksen tarkoitus on yhdistää erilliset investointijaksoa ja palvelujaksoa koskevat sopimusaineistot yhdeksi kokonaisuudeksi. Sopimuskokonaisuus allekirjoitetaan yhdellä kertaa ja se muodostaa yhden sopimussuhteen. Kattosopimuksessa määritellään koko hanketta koskevat yleiset sopimusehdot ja se on sopimusehtojen ristiriitatilanteessa etusijalla suhteessa muuhun sopimusaineistoon. Investointijakson ja palvelujakson sopimussuoritukset ovat hyvin erilaiset, joten niitä koskevat kattosopimuksen yleiset sopimusehdot ovat melko suppeat. Kuvassa 4 esitetään esimerkki elinkaarimallin sopimuskokonaisuudesta. Jatkossa viitattaessa elinkaarimallin sopimuskokonaisuuteen käytetään termiä *elinkaarisopimus*.

← Sopimuskausi →	
(I) Puite- tai raamisopimus	
 Rakennuskohteen vastaanotto	
← Investointijakso →	← Palvelujakso (20 v.) →
(III) KVR-urakkasopimus (RT 80278) Liitteet: 1. Tarjouksen selonottoneuvottelu 2. YSE 1998 3. Tarjouspyynnön asiakirjat - Projektiohjelma - Turvallisuusasiakirja - Toiminnalliset vaatimukset ja tavoitteet - Avoimen oppimisympäristön määrittely - Tekniset vaatimukset - Tilaohjelma - Vastuunrajataulukko 4. Tarjous liitteineen 5. Maksuerätaulukko 6. Tarjouspyynnön tekniset asiakirjat	(II) Palvelusopimus Liitteet: 1. Palvelukuvaus 2. Käytettävyy- ja palvelutasovaatimukset 3. Maksumekanismi 4. Laskutusliite 5. Energiatehokkuusvaatimukset ja energia-vastuumalli 6. Käyttöajat ja käyttäjämäärät 7. Kohteen luovutuskunto 8. Palveluntuottajan otettavat vakuutukset 9. Asiakastyytyväisyyskyselyllä selvitettävät asiat 10. PTS-suunnitelma ⁷⁴ 11. Raportointi- ja valvontajärjestelmä 12. Tilaajan tarjouspyyntö mahdollisine tarkennuksineen ja täydennyksineen 13. Kiinteistö RYL 2009 ⁷⁵

Kuva 4. Esimerkki elinkaarisopimuksesta. Sopimusasiakirjojen numerointi vastaa niiden soveltamisjärjestystä.⁷⁶

Investointijakson vastuut määritellään kattosopimuksen liitteenä olevassa rakennusurakkasopimuksessa ja sen liitteissä. Urakkasopimus voi olla YSE:n mukainen KVR-urakkasopimus. Urakoitsija vastaa siis kohteen suunnittelusta ja rakentamisesta. Tilaaja tai tilaajan kilpailuttama rahoittaja maksaa palveluntuottajalle rakennuskohteen suunnittelu- ja rakennuskustannukset urakkasopimuksen mukaisesti.

⁷⁴ Pitkän tähtäimen suunnitelma eli kunnossapitosuunnitelma (Sanastokeskus tsk 2016, s. 27).

⁷⁵ Kiinteistöpalveluiden yleiset laatuvaatimukset - Kiinteistö RYL 2009.

⁷⁶ Yksinkertaistettu esitys Hollolan elinkaarihankkeen sopimusaineistosta.

Palvelujakson vastuut määritellään puolestaan kattosopimuksen liitteenä olevassa palvelusopimuksessa ja sen liitteissä. Palvelujaksolla urakoitsija vastaa rakennuskohteen ylläpidosta. Ylläpitovastuu tarkoittaa kokonaisvaltaista vastuuta siitä, että tilaajalla on käytössään palvelusopimuksen liitteenä olevan palvelukuvauksen mukaiset tilat ja palvelut. Lisäksi urakoitsija vastaa siitä, että kohteen kunto ja tekninen jäännösarvo ovat sopimuskauden päättyessä palvelusopimuksen liitteessä määritetyn luovutuskunnon mukaiset. Tilaaja maksaa urakoitsijalle palvelumaksua, jonka määrä perustuu rakennuskohteen tilojen käytettävyyteen ja palvelutasoon. Palvelumaksun suuruus määritellään palvelusopimuksen liitteessä, josta käytetään nimitystä maksumekanismi. Siinä voidaan määritellä erilaisia vähennyksiä, bonuksia tai hyvityksiä tilojen käytettävyyden, palvelutason tai toteutuneiden kustannusten perusteella.

Edellä on esitetty, että urakoitsija vastaisi yksin sekä investointi- että palvelusopimuksen mukaisista vastuista. Käytännössä urakoitsijalta puuttuu yleensä merkittävä osuus koko hankkeen vastuiden vaatimasta osaamisesta. Usein urakoitsijalla onkin kumppaniyritys kantamassa vastuuta erityisesti ylläpitovaiheesta. Elinkaarimallin ydinajatus kuitenkin on, että kun ylläpidosta vastaava taho osallistuu rakennuksen suunnitteluun ja rakentamiseen – tai ainakin sen valvontaan –, rakentamisen laatu paranee, ja ylläpitotoiminnassa voidaan saavuttaa (elinkaari)säästöjä. Tämä ajatus vesittyisi, jos tilaaja tekisi erilliset sopimukset erillisine vastuualueineen urakoitsijan ja tämän kumppanin kanssa. Elinkaarimallissa lähdetäänkin siitä, että sekä urakoitsija että tämän kumppani sitoutuvat koko hankkeeseen yhteisvastuullisesti niin, että tilaaja voi esittää sopimukseen perustuvat vaatimuksensa kummalle tahansa osapuolelle. Urakoitsijan ja tämän kumppanin välinen asia on, miten vastuut ja maksut on heidän välillään sovittu jaettavaksi. Elinkaarimalli ei ota kantaa kumppaneiden väliseen sopimussuhteeseen eikä sitä ole mahdollista käsitellä laajemmin tämän tutkimuksen yhteydessä.

Kiinteistön ylläpidolla tarkoitetaan kiinteistön kunnon, arvon, käytettävyyden ja koettavuuden säilyttämistä.⁷⁷ Kiinteistön ylläpidon katsotaan koostuvan kunnossapidosta ja kiinteistönhoidosta.⁷⁸ Kunnossapidolla yleensä tarkoitetaan rakenteisiin kohdistuvaa uudistamista tai korjaamista siten, että kohteen laatutaso ei olennaisesti muutu ja kohde saavuttaa oletetun teknisen käyttöikänsä.⁷⁹

⁷⁷ Sanastokeskus TSK 2016, s. 17.

⁷⁸ RT 10-10968 Kiinteistönpitonimikkeistö 2009; ja Sanastokeskus TSK 2016, s. 17.

⁷⁹ Sanastokeskus TSK 2016, s. 18.

Kiinteistönhoidolla puolestaan tarkoitetaan yleensä säännöllistä toimintaa kiinteistön haluttujen olojen pysyttämiseksi. Esimerkiksi siivous, jätehuolto, ulkoalueiden hoito ja kiinteistön kunnan seuranta kuuluvat kiinteistönhoitoon.⁸⁰

Elinkaarimallissa ylläpitoon voidaan palvelukuvauksessa määritellä myös muita kuin varsinaiseen kiinteistön ylläpitoon kuuluvia palveluita. Kunnossapitotoimenpiteiden osalta urakoitsijan tulee laatia kunnossapitosuunnitelma (PTS-suunnitelma), jossa määritellään palvelujakson aikana kohteen kunnossapidon vaatimat toimenpiteet sekä hinta näille toimenpiteille. Tilaaaja maksaa urakoitsijalle kunnossapitotoimenpiteistä todennettuja kustannuksia vastaan, kun toimenpiteet on tehty kunnossapitosuunnitelman mukaisesti. Tilaaaja ei ole velvollinen kustantamaan kunnossapitosuunnitelman kokonaiskustannusarvion ylittäviä kustannuksia. Jos rakennuskohteen pitäminen sopimuksen mukaisessa kunnossa vaatii muita kuin kunnossapitosuunnitelman mukaisia kunnossapitotoimenpiteitä, urakoitsijan on vastattava niistä omaan lukuunsa.

2.3. Elinkaarimalli urakkamuotona ja rakennusurakkasopimuksena

Elinkaarimallin hahmottaminen vakiintuneiden urakkamuotojen tavalla omana urakkatyypinään ei onnistu ainakaan ilman määritelmän rajausta. Vaikka elinkaarimallilla tarkoitettaisiin vain kaikkia ylläpitovastuuta sisältäviä rakennusurakoita, on elinkaarimallin määrittely omaksi urakkamuodokseen ongelmallista, sillä elinkaarimallin nimellä on todetusti toteutettu hyvin erilaisia rakennusurakoita, joista osa poikkeaa toisistaan merkittävästi sekä urakoitsijan roolin että maksuperusteiden osalta. Jos mukaan otetaan vielä kansainvälinen PPP-malli, on rakennushankkeiden kirjo lähes rajaton. Jos elinkaarimalli kuitenkin typistetään tarkoittamaan vain Suomessa koulu- ja päiväkotirakentamisessa yleistynyttä mallia, kuten tässä tutkimuksessa on tehty, voitaisiin sitä pitää urakoitsijan suorituslaajuuden selkeyden ja omalaatuisuuden perusteella itsenäisenä urakkamuotona.

Tarkasteltaessa elinkaarimallin sopimuskokonaisuutta voidaan todeta, että vaikka kyse on yhdestä sopimuksesta, on siinä selvästi erotettu toisistaan kaksi pääsuoritusta: rakennusurakka ja ylläpito. Näin ollen voidaan aiheellisesti myös kysyä, onko ylläpitovastuu enää osa urakkaa, jolloin ajautaan tarkastelemaan, onko elinkaarihankkeessa oikeastaan kyse rakennusurakasta. Jos elinkaa-

⁸⁰ Ibid.

rimallin palvelusopimusta tarkasteltaisiin erillisenä sopimuksena, olisi selvää, että kyse ei ole rakennusurakasta. Jos koko sopimuskokonaisuutta tarkastelee ajallisesti, käsitys rakennusurakkasopimuksesta tuntuu myös melko erikoiselta. Tyypillisesti kouluhankkeissa rakennusurakka kestää suunnitteluineen muutaman vuoden, jonka jälkeen elinkaarimallissa alkaa yleensä noin 20-25 vuoden mittainen palvelujakso. Urakoitsijan hoitaessa kohteen ylläpitovelvoitetta 20 vuoden kulluttua rakennuskohteen valmistumisesta on vaikea nähdä tämän toteuttavan rakennusurakkaa. Elinkaarisopimuksen tulkitseminen yksioikoisesti rakennusurakkasopimukseksi ei voinekaan olla oikea lähtökohta, vaan sopimuskokonaisuutta on lähtökohtaisesti arvioitava omana palvelusopimustyyppinään, johon sisältyy rakennusurakka. Hankintalakia tulkittaessa elinkaarisopimus lienee silti tulkittava rakennusurakkasopimukseksi, sillä hankintalain mukaan rakennusurakkasopimuksella tarkoitetaan muun muassa hankintayksikön asettamia vaatimuksia vastaavan rakennusurakan toteuttamista millä tahansa tavalla (HankL 4.1 § 2 k). Hankintalain rakennusurakkasopimuksen määrittelyllä ei kuitenkaan ole sopimusoikeudellisessa tarkastelussa merkitystä.

Vaikka elinkaarisopimusta ei voida pitää sopimustyyppiltään rakennusurakkasopimuksena, voidaan elinkaarimallia kuitenkin pitää aivan aiheellisesti omana rakennusurakan toteutusmuotonaan. Edes elinkaarimalliin sisältyvän rakennusurakan kuvaaminen tavallisena KVR-urakkana ei anna oikeaa kuvaa urakkamuodosta. Vaikka on selvää, että elinkaarimallissakin rakennusurakkavaiheeseen liittyvistä kysymyksistä suuri osa on yleisesti KVR-rakennusurakalle ominaisia, vaikuttaa rakennuskohteen pitkäaikainen ylläpitovastuu myös urakkasuoritukseen – suunnittelusta alkaen. Tämä on koko elinkaarimallin tarkoituskin. Vaikutusta korostaa, että ainakin tutkimuslähteenä olevissa sopimuksissa urakkasopimuksen ja palvelusopimuksen välisessä sopimusehtojen ristiriitatilanteessa etusija annetaan palvelusopimukselle. Erityisesti palvelusopimuksen liitteenä olevan kunnossapitosuunnitelman ja rakennusurakan välinen yhteys on varsin selvä. Urakoitsijan tulee mitoittaa urakkasuorituksensa laatu suhteessa kunnossapitosuunnitelmaan, jotta tälle ei kerry ylimääräisiä kustannuksia suunnittelemattomista kunnossapitotoimenpiteistä. Myös muut ylläpitovastuut voivat vaikuttaa urakkasuoritukseen pyrittäessä optimoimaan rakentamisesta ja ylläpidosta aiheutuvia kokonaiskustannuksia.

3. RISKI JA SOPIMUSRISKI

3.1. Riski

Riskin käsite ei ole aivan yksiselitteinen. Sitä käytetään monissa merkityksissä ja usein on tulkittava tilanneyhteydestä, mitä riskillä tarkoitetaan. Arkikielessä ja usein kirjallisuudessaakin riski ymmärretään jonkinlaisena mahdollisuutena, että jotakin negatiivisena koettua tulee tapahtumaan.⁸¹ Termi on kuitenkin moniulotteinen eikä sen määrittäminen tyhjentävästi ole mahdollista. Erilaisissa määrittely-yrityksissä riskiä on pidetty muun muassa mahdollisuutena, vaikutuksena, epävarmuutena, ominaisuutena ja kertolaskun tulona.⁸²

On esitetty, että sana riski tulisi karikon kiertämistä tarkoittavasta latinan kielen sanasta *risiko*.⁸³ Peter L. Bernstein kuitenkin esittää, että riskin käsite olisi peräisin varhaisen italian kielen sanasta *risicare*, jossa sillä tarkoitettiin ”uskaltamista”.⁸⁴ Bernstein liittääkin riskin käsitteen ihmisen uskallukseen tehdä valintoja ja toteaa, että ”riski on ennemmin valinta kuin kohtalo”.⁸⁵ Oli riski sitten peräisin italiasta tai latinasta, onnistuu Bernstein joka tapauksessa tuomaan esille riskin olennaisen piirteen, joka erottaa riskin silkasta epävarmuudesta: vaikka riskiin määritelmällisesti liittyy aina sen toteutumisen sattumanvaraisuus, voi riskin ottamista aina pitää valintana. Riskienhallinnan ISO 31000 -standardi määrittelee riskin epävarmuuden vaikutukseksi tavoitteisiin.⁸⁶ Määritelmää voi pitää onnistuneena siltä osin, että se suhteuttaa riskin tavoitteisiin. Tämä konkretisoi sitä, että riski ei ole ainoastaan epävarmuutta tulevasta, vaan sillä on vaikutus myös nykyhetkeen – tavoitteiden kautta. David Hillson onkin määritellyt riskin yksinkertaisimmillaan ”epävarmuudeksi, jolla on merkitystä”.⁸⁷

⁸¹ Näin mm. Laurila (1981, s. 21), Lintumaa (teoksessa Aalto-Setälä ym. 2002, s. 326) ja Keskitalo (2000, s. 48).

⁸² Keskitalo 2000, s. 48; Korhonen 1992, s. 105; SFS-ISO 31000 2009, s. 12; Hillson 2009, s. 6.

⁸³ Kahra ym. 2005, s. 72.

⁸⁴ Keskitalon (2000, s. 48) mukaan *risicare*, perustuen lähteisiin Kemp, Peter: Det uerstattelige. En teknologietikk, Oslo 1996, s. 194, ja Nudansk ordbok, Kööpenhamina 1987.

⁸⁵ Bernstein 1998, s. 8: ”...risk is a choice rather than a fate”.

⁸⁶ ISO 31000:2009, s. 1: ”effect of uncertainty on objectives”.

⁸⁷ Hillson 2009, s. 6: ”risk is uncertainty that matters”.

Arkikielessä ja todetusti usein kirjallisuudessaakin riskin ajatellaan olevan negatiivinen asia. Riskienhallinnan ISO 31000 -standardin määritelmä puolestaan sisältää sekä positiiviset että negatiiviset vaikutukset. Myös Hillsonin tarkempi riskin määritelmä pitää sisällään sekä negatiiviset että positiiviset vaikutukset. Hillsonin mukaan riski voidaan määritellä ”epävarmuudeksi, joka toteutuessaan vaikuttaa tavoitteiden saavuttamiseen”.⁸⁸ Myös Hillson sitoo siis riskin tavoitteisiin. Näistä kahdesta Hillsonin määritelmää voi pitää onnistuneempana. ISO 31000 -standardin määritelmän ongelma on se, että siinä riski määritellään suoraan vaikutukseksi, vaikka riski on olemassa riippumatta siitä, tuleeko se vaikuttamaan tavoitteisiin. Määritelmä sellaisenaan on hyvin epämääräinen eikä se auta tunnistamaan yksittäisiä riskejä. Standardissa onkin tehty määritelmään viisi lisähuomiota, jotka tarkentavat määritelmää.⁸⁹ Hillsonin määritelmän yksi vahvuus – ja samalla heikkous – on se, että siinä riski määritellään epävarmuudeksi – eli epävarmaksi olotilaksi. Olotilaksi määrittelyn vahvuus on siinä, että se onnistuu tavoittamaan riskin subjektiivisen olemuksen. Riskin olemusta voisikin kuvata tulevaisuuden ja sen tarkastelijan väliseksi suhteeksi. Määritelmän heikkous riskien tunnistamisen näkökulmasta on se, että siinä etymologiasta tulee itsetarkoitusta, eikä määritelmä palvele parhaalla mahdollisella tavalla erilaisten riskien tunnistamista ja erottamista. Seuraavaksi riski pyritäänkin määrittelemään riskien tunnistamista helpottavalla tavalla.

Riskin määritelmää voidaan lähestyä seuraavien siihen liittyvien edellytysten kautta. *Ensinnäkin* riski liittyy aina johonkin tapahtumaan tai tapahtumainkulkuun. Näitä tapahtumia ei riskin määritelmässä ole tarpeen rajata. Riskin yleisen määritelmän yhteydessä ei liene mitään syytä rajata myöskään positiivisia tapahtumia käsitteen ulkopuolelle. *Toiseksi* tapahtuman toteutuminen ei voi olla riskin arvioijan näkökulmasta välttämätöntä, eikä myöskään täysin hypoteettista, vaan toteutuminen on epävarmaa. *Kolmanneksi* tapahtuman toteutumisella tulee olla vaikutus tavoiteltavaan asiointilaan. Nämä kolme edellytystä huomioiden riski voidaan määritellä yleisellä tasolla seuraavasti: riski on epävarma tapahtumainkulku, joka voi vaikuttaa tavoitteiden toteutumiseen.

⁸⁸ Hillson 2009, s. 7: ”risk is uncertainty that, if it occurs, will affect achievement of objectives”. Suora käännös ei toimi kovin hyvin, sillä ”epävarmuuden toteutuminen” ei ole hyvää suomea.

⁸⁹ ISO 31000:2009, s. 1-2: “NOTE 1 An effect is a deviation from the expected — positive and/or negative. NOTE 2 Objectives can have different aspects (such as financial, health and safety, and environmental goals) and can apply at different levels (such as strategic, organization-wide, project, product and process). NOTE 3 Risk is often characterized by reference to potential events and consequences, or a combination of these. NOTE 4 Risk is often expressed in terms of a combination of the consequences of an event (including changes in circumstances) and the associated likelihood of occurrence. NOTE 5 Uncertainty is the state, even partial, of deficiency of information related to, understanding or knowledge of an event, its consequence, or likelihood.”

Riskin määritelmällisiin edellytyksiin voidaan lukea myös esimerkiksi mahdollisuus varautumiseen⁹⁰ ja tieto todennäköisyydestä⁹¹, mutta nämä edellytykset rajoittavat tarkasteltavia riskejä tavalla, joka ei palvele tutkimuksen tavoitetta. Riskien kartoittamisen näkökulmasta ei ole perusteltua vaikeuttaa riskien tunnistamista supistamalla riskin määritelmää. Perinteisesti riskienhallinnan yhteydessä riskejä tarkastellaan kuitenkin epätoivottujen seurausten välttämiseksi. Myös tässä tutkimuksessa riskejä tarkastellaan tästä näkökulmasta, jolloin on käyttökelpoisempaa supistaa riskin määritelmää lisäämällä siihen epätoivotut seuraukset. Tässä tutkimuksessa riski määritellään siten seuraavasti: riski on epävarma tapahtumainkulku, joka voi vaikuttaa negatiivisesti tavoitteiden toteutumiseen.

3.2. Riskienhallinta

Myös riskienhallinta on sanana monimerkityksinen. Laajassa merkityksessä sillä voidaan tarkoittaa kokonaisvaltaista riskien huomioimista. Riskienhallintateoriassa tunnistetaan usein neljä riskienhallinnan osa-aluetta: riskien tunnistaminen, arvioiminen, käsitteleminen ja seuranta.⁹² Riskien tunnistamisen ja arvioinnin erottaminen on kuitenkin jokseenkin keinotekoista, sillä riskin tunnistaminen riskiksi ei ole mahdollista ilman jonkinasteista riskin arviointia. Riskienhallintastandardi käyttääkin ennen riskien käsittelemistä tapahtuvista vaiheista yhteisnimitystä *assessment*. Standardi tunnistaa kolme vaihetta ennen riskien käsittelemistä: tunnistaminen (*identification*), analysointi (*analysis*) ja arviointi (*evaluation*). *Assessment* kääntyy *evaluation* -termin tavoin suomen kielessä arvioimiseksi, mutta englannin kielessä sen merkityssisältö on selvästi laajempi. *Risk evaluation* on oikeastaan vain riskin suuruuden arviointia.⁹³

Riskienhallinnan suppealla merkityksellä tarkoitetaan riskeihin reagoimista, eli edellä mainittua riskien käsittelyvaihetta. Riskeihin reagoimisessa voidaan tunnistaa neljä päävaihtoehtoa: riskien välttäminen, riskien pienentäminen, riskien siirtäminen ja riskien pitäminen. *Riskien välttämällä* tarkoitetaan käytännössä riskien poistamista tai riskin sisältävän toiminnan välttämistä. *Riskien pienentäminen* on kenties perinteisintä riskienhallintaa. Siinä keskiössä on inhimillinen toiminta

⁹⁰ Keskitalo 2000, s. 65-66.

⁹¹ Kahra ym. 2005, s. 78.

⁹² Ks. af Hellström 2014, s. 184; ja Haapio 2013, s. 112.

⁹³ ISO 31000:2009, s. 14, 17-18.

ja toimintatapojen kehittäminen. *Riskien siirtäminen* puolestaan tarkoittaa käytännössä seurausten siirtämistä sopimuksilla, esimerkiksi vakuuttamalla tai alihankintasopimuksilla. *Riskin pitäminen* on hiukan kyseenalaista mainita omana riskienhallintakeinonaan, vaikka näin usein tehdäänkin. Ilman muita toimenpiteitä kyse on kuitenkin tunnistetusta riskistä, joka ei ole hallinnassa. Hallittu riskin pitäminen tarkoittaa käytännössä seurauksiin varautumista, tekemällä esimerkiksi niin sanottuja riskivaraumia tarjouksen hinnoittelussa.⁹⁴

3.3. Sopimusriski

Sopimusriskille ei ole oikeudellista tai muuten vakiintunutta määritelmää. Jos edellä esitettyä riskin määritelmää sovelletaan suoraviivaisesti sopimukseen, voidaan sopimusriski määritellä epävarmaksi tapahtumainkuluksi, joka vaikuttaisi negatiivisesti sopimuksen tavoitteiden toteutumiseen. Jokseenkin tämän suuntaisesti sopimusriski onkin kirjallisuudessa yleensä määritelty.⁹⁵ Määrittely on melko ylimalkainen ja vaatiikin tuekseen tarkennuksia siitä, mitä kulloinkin tarkastellaan sopimusriskinä. Yleensä sopimusriski jaotellaan jollakin tavalla osiin, ja sopimusriski on vain kokoava yläkäsite. Kotimaiset sopimusriskiä käsittelevät juridiset kirjoitukset noudattelevat pitkälti Hemmon esittämää jaottelua, jonka mukaan sopimusriskejä ovat korvausvastuuriski, sitovuusriski, tulkintariski, sopimuskumppanin luotettavuus ja maksukyky sekä suorituskustannusriski.⁹⁶

⁹⁴ Riskiehallinnasta yritysoinnassa, ks. esim. Suomen riskienhallintayhdistyksen ylläpitämä PK-RH -sivusto, <https://www.pk-rh.fi/riskienhallintaprosessi.html>.

⁹⁵ Esim. Haapio – Siedel 2013, s. 20: "... risks that can lead to a negative deviation from the expected outcomes of a contract"; Korhonen 1992, s. 105: "Riskillä tarkoitetaan sopimussuhteissa mahdollisuutta, etteivät päämääräksi asetetut positiiviset odotukset toteudu."; Hemmo 2005, s. 11: "sopimukseen liittyvät riskit, jotka voivat vaarantaa sopimukselle asetettujen tavoitteiden saavuttamisen tai johtaa siihen, että osapuolelle syntyy vahingonkorvausvastuu sopimushäiriön johdosta". Vrt. Keskisalo 2000, s. 57: "...contract risks are risks of change in the economic implications of the firm's contractual obligations." ja Kurkela 2003(b), s. 78: "Riskillä tarkoitetaan usein osapuolten tahdon ja kontrollin ulkopuolella olevien seikkojen vaikutuksesta syntyviä haitallisia seurauksia".

⁹⁶ Hemmo 2005, s. 13. Ks. myös Haapio 2014, s. 79; Lintumaa 2002, s. 327-328; ja Koivu – Leskinen 2014, s. 345-346.

Edellä esitettyä sopimusriskin määritelmää ja jaottelua voidaan tarkastella myös kriittisesti. Määritelmän heikkoutena voidaan pitää sen suurpiirteisyyttä. Määritelmä ei sopimusosapuolen näkökulmasta rajaa juurikaan yrityksen toimintaan liittyviä riskejä, sillä teoriassa sopimuksen tavoitteiden toteutumiseen voivat vaikuttaa hyvin monet asiat. Voidaan myös perustellusti kysyä, miten sopimusriski poikkeaa termeistä projektiriski, oikeudellinen riski ja liiketoimintariski, ja onko kyse edes itsenäisestä riskityypistä. Etenkin projektiriski on rakennusurakan yhteydessä sopimusriskiä lähellä oleva termi. Stackpole Snyder määrittelee projektiriskin vastaavalla tavalla suhteessa projektin tavoitteisiin kuin edellä on tehty suhteessa sopimuksen tavoitteisiin – tosin ottaen huomioon myös positiiviset vaikutukset.⁹⁷ Sopimusriski voidaan nähdä vain yhdeksi projektiriskin osa-alueeksi,⁹⁸ mutta jos pitäydytään edellä esitetyissä määritelmissä, on kyse kuitenkin samoista riskeistä. On nimittäin vaikea nähdä, että projektin ja sopimuksen tavoitteet eivät olisi yhteneväiset, sillä määrittelee sopimus koko projektin. Se, että projektiriski ja sopimusriski osoittautuvat joissakin tilanteissa määritelmältään yhteneviksi, ei tee käsitteistä synonyymejä. Onhan kuitenkin niin, että on sopimuksia, jotka eivät koske projekteja, ja on projekteja, jotka eivät tarvitse sopimuksia.

Schuhmann ja Eichhorn esittävät, että *contract risk* -termiä parempi termi kuvaamaan edellä esitetyn sopimusriskin määritelmän mukaisia riskejä olisi *transaction risk*.⁹⁹ Suomen kielessä *transaktioriskiä* on kuitenkin tietävästi käytetty ainoastaan kuvaamaan valuuttakurssien muutokseen liittyvää riskiä,¹⁰⁰ eikä *transaction risk* -termille Schuhmannin ja Eichhornin tarkoittamassa merkityksessä ole muuta vastinetta kuin sopimusriski. Schuhmann ja Eichhorn päätyvät kriittisestä huomiostaan huolimatta lopulta määrittelemään *contract risk* -termin sisällöltään vastaavalla tavalla kuin sopimusriski edellä, mutta he esittelevät uutena lähestymistapana sopimusriskien jakamisen kahteen luokkaan. Heidän mukaansa sopimusriskit muodostuvat riskeistä, joiden lähde on sopimuksessa, ja riskeistä, joiden realisoitumiseen sopimuksella voi olla vaikutusta, mutta joiden lähde ei ole sopimuksessa.

⁹⁷ Stackpole Snyder (2013, s. 123): ”an uncertain event that, if it occurs, has a positive or negative effect on one or more project objectives.” (Määritelmä perustuu teokseen PMBOK Guide 5th edition).

⁹⁸ Rissanen 2002, s. 165.

⁹⁹ Schuhmann & Eichhorn 2017, s. 508.

¹⁰⁰ Knüpfer – Puttonen 2012, s. 209-210.

Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä pitää mielessä tutkimuksen tavoite ja ottaa etäisyyttä keskusteluun sopimusriskin riskienhallintateoreettisesta määritelmästä. Koska sopimusriskin määritelmälle ei ole oikeudellisia rajoitteita, riittää, että se on sopimuskäytännön näkökulmasta ymmärrettävä, ja tässä yhteydessä ennen kaikkea tarjoaa välineen etsiä vastauksia tutkimuskysymyksiin. Tutkimuksen tarkoituksena ei ole luoda riskienhallintatyökalua, vaan tunnistaa elinkaarimalliin liittyvät rakennusurakan erityispiirteet, joihin voi liittyä riskitekijöitä. Tutkimuksessa ei ole välttämättä tarvetta tunnistaa riskin varsinaista alkulähdettä, vaan olennaista on tunnistaa seikat, joihin tulee kiinnittää huomiota sopimuksen valmistelussa – tutkimuksessa valitun näkökulman mukaisesti. Tämän johdosta tässä tutkimuksessa sopimusriski määritellään vain yleisesti sopimukseen liittyväksi riskiksi. Määritelmä tukeutuu siten edellä esitettyyn riskin määritelmään.

Myös aiemmin esitelty Hemmon jaottelu sopimusriskeistä on – mahdollisista riskienhallintateoreettisista puutteistaan huolimatta – hedelmällinen työväline tarkasteltaessa niitä riskejä, joita elinkaarimalliin rakennusurakkasopimuksena liittyy. Tässä tutkimuksessa sitä on tosin hieman sovellettu jäsennellyn esitystavan aikaansaamiseksi, mutta sisällöllisesti samat riskityypit pyritään tutkimuksessa käsittelemään.¹⁰¹

¹⁰¹ Hemmo ei jaottelussaan mainitse neuvotteluriskiä eikä neuvotteluvastuuriskiä, joita tässä tutkimuksessa käsitellään sopimuksen valmisteluun liittyvinä riskeinä. Riskejä kuitenkin käsitellään Hemmon Sopimusoikeus III (2005) -teoksessa (s. 59 ja 81-83). Lisäksi tässä tutkimuksessa suorituskustannusriski ymmärretään laajemmin kuin Hemmon jaottelussa. Näin ollen tulkintariski ja tilaajaan liittyvät riskit on mahdollista sisällyttää suorituskustannusriskiin.

4. SOPIMUKSEN VALMISTELUUN LIITTYVÄT RISKIT

Tässä luvussa tarkastellaan sopimuksen tekemiseen ja sopimusneuvotteluihin liittyviä riskejä. Nii-
den kannalta oleellista on, että toistaiseksi kaikissa elinkaarihankkeissa Suomessa tilaajana on ol-
lut julkinen hankintayksikkö. Lähtökohtana voidaan siten pitää, että elinkaarihankkeissa on nou-
datettava hankintalakia (HankL 1 §). Käytännössä elinkaarihankkeet ovat poikkeuksetta niin mit-
tavia, että niihin sovelletaan hankintalain EU-kynnysarvon ylittäviä rakennusurakoita koskevia
säännöksiä.¹⁰² Elinkaarimalliin liittyy olennaisesti palveluntoteuttajan eli urakoitsijan mahdolli-
suus vaikuttaa mahdollisimman paljon erilaisiin ratkaisuihin palvelun toteuttamiseksi, jotta se pys-
tyy saamaan aikaan elinkarisäästöjä. Käytännössä tämä johtaa siihen, että hankintalaissa määri-
tellyistä hankintamenettelyistä elinkaarihankkeisiin soveltuvat ainoastaan neuvottelumenettelyt.
Tilaajan harkinnan mukaan valittavaksi tulee joko tavallinen neuvottelumenettely tai kilpailullinen
neuvottelumenettely.

Neuvottelumenettely etenee siten, että tilaaja pyytää neuvotteluihin valituilta ehdokkailta alustavat
tarjoukset, joiden pohjalta käydään neuvotteluja. Tarjouksia voidaan tarkentaa neuvottelujen ai-
kana, ja neuvottelujen päätteeksi tilaaja lähettää lopullisen tarjouspyynnön, jonka perusteella tar-
joajien tulee antaa sitovat tarjouksensa. Tilaaja tekee hankintapäätöksen lopullisten tarjousten pe-
rusteella. (HankL 35 §) Kilpailullinen neuvottelumenettely puolestaan etenee siten, että neuvotte-
luihin valittujen tarjoajien kanssa tilaaja neuvottelee tarjoajien ratkaisuihin, joilla tilaajan tarpeet
voidaan parhaiten täyttää. Neuvottelujen aikana tilaaja tekee valinnan soveltuvista ratkaisumal-
leista ja lopuksi pyytää tarjoajilta ratkaisumallien mukaiset lopulliset tarjoukset, joiden perusteella
tekee hankintapäätöksen. Tilaaja voi vielä neuvotella parhaan tarjouksen tehneen kanssa ehtojen
viimeistelemiseksi. (HankL 37 §)

4.1. Neuvotteluriski

Sopimusneuvotteluissa voidaan pitää lähtökohtana, että ellei muuta ole sovittu, osapuolet vastaa-
vat kukin aiheutuneista kuluistaan, riippumatta siitä johtavatko neuvottelut sopimuksen tekemi-
seen. Tuloksettomista sopimusneuvotteluista aiheutuvien tarpeettomien neuvottelukustannusten

¹⁰² EU-kynnysarvo rakennusurakoissa 5 548 000 euroa 1.1.2018 alkaen. Euroopan komissio tarkistaa kynnys-
arvot asetuksella kahden vuoden välein (HankL 26.3 §).

mahdollisuutta voidaan kutsua *neuvotteluriskiksi*.¹⁰³ Elinkaarihankkeissa tarjous- ja neuvotteluvaiheet ovat tyypillisesti pitkiä ja työläitä aiheuttaen urakoitsijalle huomattavia kustannuksia. Myös todennäköisyys neuvottelujen tuloksettomuudesta on jokseenkin aina urakoitsijan kannalta huomattava, sillä neuvotteluvaiheessa on yleensä mukana myös kilpailijoita. Lisäksi on vielä huomioitava, että välittömät neuvottelukustannukset eivät ole ainoa negatiivinen seuraus neuvotteluriskin toteutumisesta. Yrityksen neuvotteluresurssit – eli käytännössä henkilöresurssit –, ovat aina rajalliset, jolloin ne tulisi allokoida mahdollisimman hyvin tuottavaan toimintaan. Uhratessa resursseja tuloksettomiin neuvotteluihin voidaan menettää mahdollisuus osallistua muiden hankkeiden tarjouskilpailuihin. Tämä näkökulma luonnollisesti korostuu sitä enemmän, mitä pienemmästä yrityksestä on kyse. Joka tapauksessa elinkaarihankkeiden neuvotteluriskiä voi yleisesti pitää urakoitsijan kannalta suurena.

Teoriassa suuren neuvotteluriskin tulisi johtaa korkeampiin hintoihin tarjouksissa, sillä hintoihin tulisi sisällyttää neuvottelujen onnistumisprosentin mukaisesti kulut myös tuloksettomista neuvotteluista. Jotta elinkaarihankkeiden tarjouskilpailuihin osallistuminen olisi urakoitsijalle taloudellisesti kannattavaa, tulisi hankkeiden neuvotteluriski huomioida nimenomaan elinkaaritarjouksien urakkahinnoissa, ellei neuvotteluihin osallistumisesta ole saatavissa muuta hyötyä yrityksen liiketoimintaan. Toisaalta urakoitsijan, jolla ei ole kokemusta elinkaarihankkeista ja niiden tarjouskilpailuista, on vaikea arvioida sopimusneuvottelujen sopimukseen johtamisen todennäköisyyttä, ja kenties myös neuvottelukustannuksia, jolloin neuvotteluriskin hinnoitteleminenkin on vaikeaa. Koska elinkaarihankkeita on vielä toistaiseksi melko harvakseltaan, urakoitsijoiden on haastavaa kerätä tarvittavaa kokemusta. Vaikka urakoitsija onnistuisikin hinnoittelemaan neuvotteluriskin, riskin ottamisen mielekkyys edellyttää vielä, että yrityksen rahoitus kestää neuvottelukustannuksia vastaavan tulovirran siirtämisen mahdollisesti pitkällekin tulevaisuuteen. Kaikesta tästä seuraa, että kynnys osallistua elinkaarihankkeiden tarjouskilpailuihin voi olla urakoitsijalle varsin suuri, etenkin muiden kuin suurimpien rakennusyritysten kohdalla.

Urakoitsijan elinkaarihankkeista ja sopimusneuvotteluista hankkiman kokemuksen myötä neuvotteluriskiä on helpompi arvioida ja siihen voi vaikuttaa myös omalla toiminnallaan. Urakoitsijalle saattaa neuvottelumenettelyn aikana esimerkiksi muodostua vahva käsitys siitä, minkälainen tarjous sen tulisi tehdä päästäkseen sopimukseen. Kokonaan neuvotteluriskiä ei kuitenkaan voi poistaa, sillä jokainen hanke on yksilöllinen ja arviot kilpailijoiden ja tilaajan toiminnasta ovat aina

¹⁰³ Hemmo 2005, s. 81-83.

jossakin määrin spekulatiivisia. Aina ei voi myöskään luottaa tilaajan vilpittömään tahtotilaan sopimuksen syntymisestä. Edes julkisen tilaajan tekemä tarjouksen hyväksyntä ja hankintapäätös eivät välttämättä johda sopimukseen, jos joku kilpailijoista tekee valituksen markkinaoikeuteen. Markkinaoikeus voi hankintalain 154 §:n tai erityisalojen hankintalain 128 §:n nojalla kumota hankintayksikön päätöksen, jos hankinnassa on menetelty julkisia hankintoja koskevien säädösten vastaisesti. (Ks. luvut 4.3.2 ja 4.3.4) Julkisia hankintoja koskevat oikeusnormit voivat siis lisätä merkittävästi neuvotteluriskiä, vaikka niihin liittyy myös neuvotteluriskiä pienentävä elementti. Säädetty hankintamenettely nimittäin lähtökohtaisesti edistää päätöksenteon ennakoitavuutta.

Urakoitsijan henkilökohtainen neuvotteluriski yleensä pienenee, jos urakoitsija muodostaa yhteenliittymän yhteistyökumppanin kanssa. Tällöin neuvottelukustannukset ainakin osittain jakaantuvat yhteenliittymään kuuluvien organisaatioiden kesken. On kuitenkin huomautettava, että yhteenliittymän myötä koko hankkeen tarkasteltavien riskien määrä lisääntyy, kun hankkeeseen tulee lisää osapuolia. Neuvotteluriskiä on mahdollista pienentää myös siirtämällä sitä osittain alihankkijoille. Esimerkiksi tarjousvaiheen suunnittelukustannuksista osa voidaan siirtää suunnittelutoimiston kannettavaksi, jos urakkaneuvottelut eivät johda sopimukseen. Yleisenä yhteenvetona voidaan vielä todeta, että jos elinkaarihankkeiden tarjouskilpailuihin halutaan lisää osallistujia, tulisi tilaajien harkita osallistumista urakoitsijoiden neuvottelu- ja tarjouskustannuksiin. Näin on myös joissakin hankkeissa toimittu.¹⁰⁴

4.2. Neuvotteluvastuuriski

Poikkeuksen edellä mainittuun neuvotteluriskin mukaiseen kustannustenjakoon voi aiheuttaa sopimuksentekotuottamus, *culpa in contrahendo*, jolla tarkoitetaan vahingonkorvausvelvollisuutta sopimusneuvottelujen toista osapuolta kohtaan neuvottelujen katkeamisen tai pätemättömän sopimuksen vuoksi.¹⁰⁵ Vahvana lähtökohtana on, että osapuolet ottavat tietoisin neuvotteluriskin, mutta joissakin tilanteissa voidaan katsoa neuvotteluosapuolen toimineen neuvottelu- ja sopimuksentekovaiheessa oikeudenvastaisesti siten, että tämän on vastattava vastapuolen tarpeettomiksi

¹⁰⁴ Esimerkiksi Espoon koulujen peruskorjaushankkeessa maksettiin 30 000 euroa tarjouskilpailuun osallistuneille. (Viherlaakson ja Kirstin koulujen elinkaarihanke: tarjouspyyntöaineisto).

¹⁰⁵ Sopimuksentekotuottamuksen on oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä katsottu olevan itsenäisiin kirjoittamattomiin normeihin perustuva vastuuperuste. (Ks. esim. KKO 1999:48; Hemmo 2007, s. 204).

käyneistä neuvottelukustannuksista. Neuvottelujen katkeamiseen liittyvä sopimuksentekotuottamus voi aiheutua kahdella tavalla: vetäytymällä pitkälle edenneistä sopimusneuvotteluista ilman asiallista perustetta tai antamalla perusteen toisen osapuolen neuvotteluista vetäytymiselle syyllistymällä hylättävään neuvottelumenettelyyn.¹⁰⁶

Pitkälle edenneistä sopimusneuvotteluista vetäytymisen aiheuttaman vastuun oikeustila oli pitkään epävarmalla pohjalla puuttuvien prejudikaattien vuoksi. Oikeuskirjallisuudessa oli esitetty varovaisia kannanottoja vastuun puolesta.¹⁰⁷ Ratkaisu KKO:2009:45 selkeytti kuitenkin tilannetta ja vahvisti oikeuskirjallisuudessa esitettyä.¹⁰⁸ Ratkaisun mukaisesti korvausvastuu syntyy ainakin, jos vetäytyvä osapuoli on tuottamuksellisesti synnyttänyt luottamuksen toisessa osapuolella sopimuksen syntymisestä.¹⁰⁹ Ratkaisussa todetaan myös yleisesti, että neuvotteluja ei voi käydä vilpillisesti tai harhaanjohtavasti aiheuttaen toiselle osapuolelle turhia kustannuksia.¹¹⁰

Elinkaarihankkeissa neuvottelumenettely on lähtökohtaisesti hankintalain sääntelemää, ja hankintapäätöksen tekeminen perustuu aina tarjouksiin, jolloin sopimuksen syntymisestä ei pelkästään neuvottelujen aikana voine syntyä tilaajalle perusteltua luottamusta. Tuottamusvastuun syntymisen urakoitsijan neuvotteluista vetäytymisen johdosta edellyttää siten muuten vilpillistä tai harhaanjohtavaa menettelyä. Käytännössä tällainen tilanne voisi ilmetä siten, että urakoitsijan neuvotteluista vetäytymisen perusteet olisivat olleet käsillä jo ennen vetäytymistä, mutta urakoitsijan katsottaisiin tahallaan tai huolimattomuuttaan jättäneen ne huomiotta – tiedostaen, että neuvottelujen jatkaminen aiheuttaa tilaajalle turhia kustannuksia. Käytännössä urakoitsijan motiivina voisi olla esimerkiksi tietotaidon kartuttaminen.

¹⁰⁶ Hemmo 2007, s. 208-209.

¹⁰⁷ Kannanotoista, ks. Hemmo 2007, s. 209-217.

¹⁰⁸ Mäkelä 2009, s. 362.

¹⁰⁹ Tapauksessa ei ollut kyse varsinaisista neuvottelukustannuksista, sillä kanteessa ei oltu vaadittu niitä korvattavaksi, vaan syntymättä jääneen sopimuksen täyttämiseksi tehtyjen toimenpiteiden aiheuttamia kustannuksia. Korkeimman oikeuden ratkaisussa kuitenkin todetaan, että ”... lähtökohtana korvauksen määrittämisessä on saattaa loukattu osapuoli sellaiseen asemaan kuin jos sopimusneuvotteluihin ei olisi ryhdytty.” (KKO 2009:45 k.2).

¹¹⁰ KKO 2009:45 k.2.

Urakoitsijan vilpilliseen tai harhaanjohtavaan menettelyyn liittyy myös tuottamusvastuun syntyminen neuvotteluista vetäytyvän vastapuolen kustannuksista.¹¹¹ Jos tilaaja urakoitsijan hylättävän neuvottelumenettelyn vuoksi vetäytyy neuvotteluista, voi tilaaja vaatia urakoitsijaa korvaamaan neuvottelujen aiheuttamia turhia kustannuksia. Käytännössä tällainen tilanne voisi syntyä siten, että tilaaja huomaa, ettei urakoitsija ole kykenevä sopimuksen kohteena olevaan suoritukseen ja urakoitsijan olisi jo itsekkin tullut havaita se, tai ettei urakoitsija tosiasiaassa ole aikeissa tehdä sopimusta.

Myös varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (13.6.1929/228) eli oikeustoimilain mukaisen pätemättömyyden aiheuttava urakoitsijan menettely on luonnollisesti hylättävää neuvottelumenettelyä. Julkisessa hankintamenettelyssä esimerkiksi oikeustoimilain 30 §:n mukainen petollinen viettely tai 33 §:n mukainen kunnianvastainen tai arvoton menettely voisivat tulla sovellettavaksi annettaessa harhaanjohtavia tietoja urakoitsijan soveltuvuutta koskevista vaatimuksista.¹¹² On kuitenkin vaikea nähdä käytännön tilanteita, joissa urakoitsijan neuvottelumenettely voisi aiheuttaa oikeustoimilain mukaisen sopimuksen pätemättömyyden, ellei kyse ole tietoisesta oikeudenvastaisesta toiminnasta.¹¹³ Urakoitsijan oma tietoinen oikeudenvastainen toiminta ei puolestaan ole mielekäs tarkastelukohde urakoitsijan riskien näkökulmasta.

¹¹¹ Hemmo 2007, s. 218-221.

¹¹² Hankintalain 83 §:n mukaan hankintayksikkö voi asettaa ehdokkaiden tai tarjoajien rekisteröitymistä, taloudellista ja rahoituksellista tilannetta sekä teknistä ja ammatillista pätevyyttä koskevia vaatimuksia. Vaatimuksista on ilmoitettava hankintailmoituksessa. Ehdokkaat tai tarjoajat, jotka eivät täytä hankintayksikön asettamia vähimmäisvaatimuksia, on suljettava tarjouskilpailusta.

¹¹³ Tietoinen toiminta on petollisen viettelyn soveltamisen edellytyksenä (Hemmo 2007, s. 362-363); kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn osalta edellytetään, että osapuolen *täytyy olettaa tienneen* esimerkiksi vastapuolen tahdonilmaisun johtuvan erehdyksestä (Ibid, s. 373-374). Kyse ei ole tietämisedellytyksen lieventämisestä, vaan näyttövelvollisuuden lieventämisestä (ks. myös Ibid, s. 401). Adlercreutzin (2000, s. 36-37) mukaan *'täytyy olettaa tienneen'* tarkoittaa sellaisia olosuhteita, joissa osapuoli tuskin on voinut välttää huomaa-
masta vastapuolen erehdystä. Ämmälän (1993, s. 65) mukaan OikTL 33 § voi tulla sovellettavaksi tilanteessa, jossa tiedonantovelvollisuus on laiminlyöty, mutta petollisen viettelyn (OikTL 30 §) soveltamisedellytykset eivät aivan ole käsillä. Käytännössä tietoisuuden näyttövelvollisuudessa ei kuitenkaan voine olla suurta eroa, sillä tietoisuutta on aina – myös petollisen viettelyn osalta – arvioitava tehden oletuksia ulkoisten seikkojen perusteella. Täysin pitävää todistusta toiminnan tietoisuudesta ei voitane koskaan esittää.

Sopimuksentekotuottamus voi tulla kyseeseen myös silloin, jos sopimus tulkitaan sen solmimisen jälkeen pätemättömäksi. Lähtökohtaisesti myös sopimuksen osoittautuminen pätemättömäksi luetaan kuuluvaksi neuvotteluriskin piiriin. Kuitenkin jos sopimusosapuoli aiheuttaa tuottamuksella sopimuksen pätemättömyyden, tulee sen korvata vastapuolen turhiksi käyneet neuvottelukustannukset.¹¹⁴ Sopimuksen pätemättömyyteen liittyviä kysymyksiä tarkastellaan jäljempänä sitovuusriskin yhteydessä.

4.3. Sitovuusriski

Sopimuksen sitovuusriskillä tarkoitetaan tässä sitä, että sopimus ei tekijöidensä tarkoituksesta huolimatta tule sitovaksi.¹¹⁵ Käytännössä urakoitsijan näkökulmasta tällainen pätemättömyys voisi edellä mainittujen oikeustoimilain pätemättömyysperusteiden lisäksi seurata muotovirheestä, edustusvaltavirheestä tai hankintalakiin perustuvasta tehottomuusseuraamuksesta.¹¹⁶ Aiemmin todettiin, että urakoitsijasta johtuvat oikeustoimilain mukaiset pätemättömyysperusteet eivät ole relevantti tarkastelukohde tutkimusnäkökulman kannalta. Samoin voidaan todeta myös tilaajasta johtuvaa sitomattomuutta arvioitaessa, sillä ensinnäkin olisi erittäin poikkeuksellista, että julkinen hankintayksikkö mittavasta rakennusurakasta hankintasopimusta tehdessään toimisi karkean oikeudenvastaisesti. Toiseksi oikeustoimilain mukaiset pätemättömyysperusteet edellyttävät sovellettavaksi tullakseen loukatun osapuolen vetoamista niihin.¹¹⁷ Näin ollen sopimuksen sitomattomuus ei voi tulla yllätyksenä urakoitsijalle.

Vaikka sitovuusriskiin voidaan vaikuttaa huolellisuudella sopimuksen neuvottelu- ja valmisteluvaiheessa, ei kaikkia riskejä aina kyetä kuitenkaan poistamaan. Näin ollen sitovuusriskiä arvioitaessa on huomioitava myös vahingonkorvausnäkökulma. Urakoitsijan riskin suuruuteen vaikuttaa olennaisesti se, onko urakoitsijan mahdollista saada korvausta sopimuksen yllättävästä sitomattomuudesta. Vahingonkorvaus sopimuksen pätemättömyystilanteissa perustuu pääsääntöisesti jo

¹¹⁴ Hemmo 2007, s. 205-206, 230-233.

¹¹⁵ Näin myös Hemmo 2005, s. 13.

¹¹⁶ Markkinaoikeuden määräämä hankintasopimusta koskeva tehottomuusseuraamus koskee vain täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita, joten kyse ei ole varsinaisesta pätemättömyydestä. Tässä yhteydessä se rinnastetaan kuitenkin sopimuksen pätemättömyyteen. Pätemättömyydestä ja hankintalain tehottomuudesta ks. Kaisto 2009, s. 241-250 ja Halonen 2016, s. 82-92.

¹¹⁷ Hemmo 2007, s. 315.

esillä olleeseen sopimuksentekotuottamukseen (*culpa in contrahendo*). Korvausvastuu sopimuksentekotuottamuksen perusteella edellyttää kärsineen osapuolen vilpittömyyttä suhteessa pätemättömyyden perusteeseen. Vilpittömyyden mieleen puolestaan kuuluu selonottovelvollisuus, joka yleensä kattaa myös asianomaisen lainsäädännön. Perusteltu luottamus toisen osapuolen asiantuntemukseen voi kuitenkin oikeuttaa vahingonkorvaukseen.¹¹⁸ Sopimuksentekotuottamuksen perusteella korvattavaksi tulee yleensä negatiivinen sopimusetu, jossa sopimusosapuoli palautetaan siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi, jos sopimuksen tekemiseen ei olisi lainkaan ryhtytty.¹¹⁹ Vahingonkorvauskysymystä käsitellään tarkemmin kunkin sitovuusriskin kohdalla erikseen.

4.3.1. Hankintamenettelystä sitovuusriskin taustana

Urakoitsijan kannalta negatiivisella tavalla yllättävä sopimuksen sitomattomuus voi tulla esille pääsääntöisesti vain tilanteissa, joissa reagoidaan jollakin tavalla tilaajan lainvastaiseen hankintamenettelyyn. Kun julkinen hankintayksikkö on tehnyt hankintapäätöksen, sen tulee tiedottaa tarjouskilpailuun osallistuneita päätöksestä. Kun osallistujat ovat saaneet tiedon hankintapäätöksestä, alkaa elinkaarihankkeissa käytännössä aina 14 päivän mittainen odotusaika, joka on samalla tarjouskilpailuun osallistuneiden muutoksenhakuaika (HankL 129 ja 147 §:t).¹²⁰ Hankintasopimus voidaan tehdä vasta odotusajan jälkeen. Jos joku tarjouskilpailuun osallistuneista käyttää muutoksenhakuoikeuttaan ja tekee valituksen markkinaoikeudelle, ei hankintasopimusta saa tehdä ennen kuin markkinaoikeus on ratkaissut asian tai sallinut hankintapäätöksen täytäntöönpanon väliaikai-

¹¹⁸ Hemmo toteaa, että ”...arviointia ei aina tarvitse perustaa korkea-asteisiin laintuntamisvaatimuksiin.” (2007, s. 223-224).

¹¹⁹ Korvattavista vahingoista tarkemmin, ks. esim. Hemmo 2007, s. 230-233.

Culpa in contrahendo -perusteella voidaan hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen yhteydessä tuomita myös positiivinen sopimusetu korvattavaksi, mutta se edellyttäne, että vahingonkärsijä olisi ilman virheellistä menettelyä valittu hankinnan kohteen toteuttajaksi (Ks. Halonen 2016, s. 168-169 tapauksen KKO 1999:48 perusteella). Tilanteet, joissa yllättävä sitomattomuus voi tulla esille, ovat käytännössä sellaisia, joissa hankintayksikön tekemällä hankintaoikaisulla ja/tai tuomioistuimen päätöksellä todetaan virheellisen menettelyn koituneen nimenomaan urakoitsijan kilpailijan vahingoksi. Ks. seuraavat kappaleet hankintalain vahingonkorvaussäädöksestä.

¹²⁰ Odotusaika koskee vain EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja (rakennusurakoissa 5 548 000 euroa 1.1.2018 alkaen).

sella päätöksellään (HankL 150 ja 151 §:t). Markkinaoikeus voi kumota lainvastaisen hankintapäätöksen (HankL 154.1 § 1 k). Mahdollisten kilpailijoiden valitusten lisäksi on huomioitava, että ennen hankintasopimuksen syntymistä tilaaja voi myös oma-aloitteisesti kumota tekemänsä hankintapäätöksen tekemällä hankintaoikaisun, tai jopa päättää keskeyttää koko hankintamenettelyn (HankL 132 § ja 125 §).¹²¹

Tapauksessa *KHO 27.1.2017, muu päätös 315/17* katsottiin ettei hankintasopimusta ollut syntynyt, vaikka hankintayksikön suunnittelupäällikön suulliseen ilmoitukseen tarjouskilpailun voittamisesta luottanut tarjoaja oli jo aloittanut palvelun toteuttamisen. Hankintayksiköllä katsottiin olevan oikeus hankintaoikaisuun, jolla valittiin toinen tarjoaja palveluntuottajaksi.

Muoto- ja edustusvaltavirheistä voidaan todeta, että käytännössä ne voivat ilmetä vain hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen syntymisen välisenä aikana. Ennen hankintapäätöksen tekemistä urakoitsijalle ei voine syntyä käsitystä sopimuksen syntymisestä. Ellei hankintapäätöstä kumota tai koko hankintamenettelyä keskeytetä, muoto- ja edustusvaltavirheet korjaantuvat väistämättä joko konkludenttisen tai nimenomaisen pätevän sopimuksen syntymisen myötä. Sopimuksen syntymisen jälkeen ei enää voida kumota hankintapäätöstä tai keskeyttää hankintamenettelyä. Joissakin tapauksissa voi kuitenkin tulla kyseeseen hankintalain 156 §:n mukainen tehottomuusseuraamus. Tehottomuusseuraamuksessa on kyse siitä, että markkinaoikeus määrää hankintasopimuksen tehottomaksi hankintamenettelyssä tapahtuneen virheen johdosta. Näin ollen kaikkien sitovuusriskien ilmitulo liittyy tavalla tai toisella hankintamenettelyssä tehtyyn virheeseen, ellei kyse ole hankintamenettelyn keskeyttämisestä.¹²²

Jos hankintayksikkö on tehnyt hankintamenettelyssä virheen, voi urakoitsijalla olla käytettävissään myös hankintalain mukainen vahingonkorvaus. Käytännössä hankintalain vahingonkorvaussäädöksen soveltuminen urakoitsijan tilanteeseen on kuitenkin vaikeaa, jos markkinaoikeuden

¹²¹ Hankintamenettelyn keskeyttäminen hankintapäätöksen jälkeen vaatii varsin poikkeuksellisia olosuhteita, mutta esimerkiksi rahoitustilanteen muuttuminen voi olla laissa edellytetty todellinen ja perusteltu syy. (Ks. HE 182/2010 vp, s. 22; ja Eskola ym. 2017, s. 549-552).

¹²² Selvyyden vuoksi todetaan, että hankintamenettelyn virheellä ja muoto-/edustusvaltavirheellä tarkoitetaan tässä eri asioita: hankintamenettelyn virhe on hankintaoikeudellinen peruste hankintapäätöksen oikaisulle tai kumoamiselle, ja muoto-/edustusvaltavirhe on sopimusoikeudellinen pätemättömyysperuste, joka estää hankintasopimuksen syntymisen.

päätös tai hankintaoikaisu ei ole virheellinen. Hankintalain 169.1 §:n mukaan hankintayksikön on korvattava hankintalainsäädännön vastaisella menettelyllä tarjoajalle aiheutettu vahinko. Vahingolla tarkoitetaan tässä säädöksessä menettelyvirheen johdosta menetettyä sopimusta. Vahingonkärsijän pitäisi kyetä osoittamaan, että ilman menettelyvirhettä tämä olisi saanut sopimuksen.¹²³ Hankintapäätöksen kumoamisen ja tehottomuusseuraamuksen edellytyksenä on, että menettelyvirheen johdosta joku muu kuin kilpailun voittanut tarjoaja olisi mahdollisesti menettänyt sopimuksen (HankL 132.1 § ja 154.4 §). Tämän edellytyksen toteutuessa hankintalain 169.1 § ei voi oikeuttaa urakoitsijaa vahingonkorvaukseen vahingon ja menettelyvirheen välisen syy-yhteyden puuttuessa.

Sen sijaan tarjousmenettelyn kuluista urakoitsija voi teoriassa saada korvauksen hankintalain 169.2 §:n perusteella. Tarjousmenettelykulujen osalta syy-yhteyden osoittamisvaatimusta on lievennetty siten, että riittää, jos pystyy osoittamaan vartenotettavan todennäköisyyden sille, että olisi tullut valituksi ilman menettelyvirhettä.¹²⁴ Tällaisenkin syy-yhteyden osoittaminen lienee yleensä melko haastavaa, sillä ennakkoratkaisussa KKO 2015:11 näyttötaakka hypoteettisen virheettömän menettelyn kulusta osoitettiin vahingonkärsijälle. Hankintamenettelyn virheestä johtuvan vahingonkorvauksen arvioiminen tässä yhteydessä on joka tapauksessa spekulatiivista mahdollisten menettelyvirheiden lähes loputtoman kirjon vuoksi. Tämän vuoksi, ja ottaen huomioon näytön korkea kynnys, ei ole perusteltua käsitellä hankintalain mukaista vahingonkorvausta tarkemmin eri sitovuusriskien yhteydessä.

4.3.2. Muotovirhe hankintasopimuksen tekemisessä

Muotovirheellä tarkoitetaan tässä yhteydessä sopimuksen syntymiseen liittyvän oikeudellisen muotovaatimuksen noudattamatta jättämistä. Jos sopimusta rasittaa muotovirhe, on olemassa riski, että sopimuksen katsotaan jääneen syntymättä. Sopimuksen syntymistä sääntelevät yleissäännökset ovat oikeustoimilaissa ja sen 1 luvussa. Sen mukaan sopimus syntyy, kun tarjoukseen vastataan hyväksyvästi (OikTL 1.1 §). Oikeustoimilain 1 luvun säännökset ovat kuitenkin dispositiivisia eli ne väistyvät, jos osapuolet ovat toisin sopineet. Lisäksi luvun säännökset ovat toissijaisia suhteessa osapuolten väliseen vakiintuneeseen käytäntöön ja vallitsevaan kauppatapaan. Oikeustoimilain tarjous-vastaus -konstruktio on kuitenkin myös rakennusurakassa lähtökohta, josta poikkeaminen

¹²³ Ks. Halonen 2016, s. 110 ja 122.

¹²⁴ KKO 2015:11 ja HE 108/2016 vp, s. 244-245

yleensä edellyttää, että tarjouspyynnössä tai tarjouksessa on nimenomainen ehto esimerkiksi sopimuksen syntymisestä kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella.¹²⁵ Muotovirheen kannalta olennaista kuitenkin on, että oikeustoimilain 1 lukua ei sovelleta määrämuotoisiin sopimuksiin. (OikTL 1.2 §)

Julkisissa hankinnoissa sopimuksen syntymisestä on säädetty erikseen. Hankintalain 128 §:n ja erityisalojen hankintalain 119 §:n mukaan hankintasopimus syntyy hankintapäätöksen jälkeen tehtävällä kirjallisella sopimuksella. Ennen kuin hankintasopimuksen syntyminen oli eksplisiittisesti kirjattu lainsäädäntöön, yleisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä oli katsottu, että hankintapäätöksen tiedonanto on vastaus tarjoukseen ja muodostaa sopimuksen, ellei tarjouspyynnössä tai tiedonannossa ole nimenomaisesti ilmoitettu toisin.¹²⁶ Vuoden 2010 hankintalainsäädännön uudistuksessa oikeustilaa haluttiin muuttaa ja lakiin otettiin nykyisen sisältöiset säädökset. Perusteluna oli ennen kaikkea se, että hankintamenettelyyn liittyvien oikeussuojakeinojen avulla voitaisiin tosiasiallisesti puuttua hankintapäätökseen. Hankintalain 154.1 §:n kohtien 1-3 niin sanotut reaaliset oikeussuojakeinot ovat käytettävissä vain ennen hankintasopimuksen syntymistä.¹²⁷

Hankintasopimuksen syntymistä säätelevää lakitekstiä kirjaimellisesti tulkiten olisi helppo todeta, että hankintasopimus on määrämuotoinen sopimus eikä siihen sovelleta oikeustoimilain 1 lukua.¹²⁸ Välttämättä tästä tulkinnasta ei ole tarvetta poiketa, mutta aivan niin yksiselitteinen asia ei kuitenkaan ole. Vuoden 2010 hankintalainsäädännön uudistuksen esitöissä nimittäin todetaan, että voisi olla jokin erityinen syy tulkita hankintasopimus syntyneeksi hankintapäätöksen tiedoksiantolla.¹²⁹ Erityistä syytä ei kuitenkaan lain esitöissä selvennetä. Hankintalain 154.2 §:ssä puolestaan säädetään, että markkinaoikeus voi kyseisen pykälän 1 momentin 4-7 kohdassa tarkoitettuja

¹²⁵ Näin myös Liuksiala 2004, s. 76-78 ja Oksanen – Laine – Kaskiaro 2010, s. 57-58.

¹²⁶ Ainakin KKO 1996:84, KKO 6.7.2007 nro 1857 (HE 190/2009 vp, s. 51) ja Helsingin HO 10.1.1990 (Liuksiala 2004, s. 76-78).

¹²⁷ HE 190/2009 vp, s. 51-52. (Nykyinen hankintalaki on säädetty HE 108/2016 vp:n pohjalta, mutta siltä osin kuin pykäläsisältö on identtistä aiemman lainsäädännön kanssa, on perusteltua viitata aiemman lain esitöihin. Oikeussuojakeinojen osalta nykyinen laki vastaa pääosin sisällöltään HE 190/2009 vp:n pohjalta muutettua hankintalakia. Pykälänumerot eivät kuitenkaan ole vastaavat.)

¹²⁸ Sopimusoikeudessa puhutaan varsinaisesta muotomääräyksestä, jonka noudattaminen on edellytys sitovan sopimuksen syntymiselle. Ks. Hemmo 2007, s. 185.

¹²⁹ HE 190/2009 vp, s. 52.

seuraamuksia määritessään katsoa hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen syntyneeksi *olosuhteiden perusteella*, jos hankintayksikkö on nimenomaisesti ryhtynyt hankinnan toteuttamiseen. Näin on myös tehty ratkaisussa KHO:2017:125, jossa korkein hallinto-oikeus markkinaoikeuden tavoin katsoi sopimuksen syntyneen vain siltä osin, kuin hankinnan toteuttamiseen oli jo ryhdytty, ja muilta osin kumosi hankintapäätöksen sekä kielsi sen täytäntöönpanon.¹³⁰ Edellä mainitut seikat huomioon ottaen hankintasopimuksen muotomääräystä voi pitää epäselvänä.¹³¹

Selvää kuitenkin on, että hankintalain näkökulmasta hankintasopimuksen syntymistä ei tulkita yleisten sopimusoikeudellisten normien mukaan. Nykyisen hankintasopimuksen syntymistä koskevan sääntelyn ajalta ei toistaiseksi ole ennakkoratkaisua, jossa otettaisiin kantaa siviilioikeuden näkökulmasta hankintasopimuksen syntymiseen. Sitä, että hankintasopimusta pidettäisiin sopimusoikeuden näkökulmasta määrämuotoisena sopimuksena ei voi pitää yksiselitteisenä tulkintana. On teoriassa edelleen mahdollista, että yleisessä tuomioistuimessa yksittäistapauksessa katsottaisiin sopimussuhteen syntyneen, vaikka hankintalain näkökulmasta hankintasopimusta ei olisi syntynyt. Urakoitsijalle sopimussuhteen syntymisellä on merkitystä lähinnä vahingonkorvauksen kannalta, sillä jos sopimussuhteen katsotaan syntyneen, urakoitsija voi vaatia sopimuksen perusteettomasta vetäytymisestä korvauksena positiivista sopimusetua, jossa sopimusosapuoli saatetaan siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi, jos sopimus olisi täytetty.¹³²

Urakoitsijan riskiarvioissa ei liene syytä spekuloida siviilioikeudellisella sopimussuhteen syntymisellä, vaan lähtökohdaksi tulee ottaa hankintalain 128 §:n sanamuodon mukainen tulkinta. Urakoitsijan on syytä olla tietoinen hankintasopimuksen syntymistä koskevasta erityissääntelystä. Käytännössä on hyvä pitää tarjouskilpailun voittamista epävarmana hankintasopimuksen allekirjoittamiseen asti. Urakan toteuttamiseen liittyviltä toimenpiteiltä on syytä pääsääntöisesti välttyä ennen sopimuksen allekirjoittamista myös tilanteissa, joissa allekirjoittamista lykätään jonkin muun kuin hankintalakiin liittyvän ehdon täyttymistä odottaessa. Ennen hankintasopimuksen al-

¹³⁰ Ks. myös KHO 27.1.2017, muu päätös 315/17, jossa tilaajan ei katsottu ryhtyneen hankinnan toteuttamiseen.

¹³¹ Halonen kritisoi väitöskirjassaan voimakkaasti hankintalain sopimuksen syntymistä koskevaa sääntelyä ja näkee, että olisi ollut perusteltua säätää kirjallinen sopimus ehdottomaksi vaatimukseksi. (Halonen 2016, s. 73-74).

¹³² Selvää lienee, että urakoitsija ei voi vaatia luontoistäyttöä. Ks. Hemmo 2007, s. 239. Perusteettomasta vetäytymisestä, ks. esim. Hemmo 2003, s. 150-151.

lekirjoittamista on aina olemassa riski hankintapäätöksen kumoutumisesta. Sopimuksen täyttämiseen liittyvät toimenpiteet voivat toki tulla korvattavaksi sopimuksentekotuottamuksen perusteella, jos urakoitsijalla on tilaajan toiminnan seurauksena perusteltu odotusarvo sopimuksen syntymisestä ja sopimus sitten jääkin syntymättä.¹³³

4.3.3. Edustusvaltavirhe

Edustusvaltavirhe hankintasopimuksen tekemisessä voi aiheutua kahdella tavalla: tilaajan toimivalta ei riitä hankinnasta päättämiseen, tai sopimuksen allekirjoittajalla ei ole kelpoisuutta edustaa tilaajaa. Toimivallan ja kelpoisuuden erottelu on sitovuuden kannalta tärkeää. Vailla kelpoisuutta tehty sopimus aiheuttaa aina edustusvaltavirheen, mutta toimivallan ylityksellä on sama vaikutus vain, jos toinen osapuoli tiesi toimivallan ylityksestä.¹³⁴ Edustusvaltavirheen rasittama sopimus on pätemätön. Sopimus voi edustusvaltavirheen rasittaman osapuolen myöhempien toimien perusteella kuitenkin tulla päteväksi, jos tämä joko nimenomaisesti tai konkludenttisesti hyväksyy tulleen sidotuksi sopimukseen.¹³⁵ Myös urakoitsija voi tietenkin aiheuttaa edustusvaltavirheen, mutta sen tarkastelu urakoitsijan sitovuusriskin näkökulmasta ei ole mielekästä.

Julkisrahoitteisessa elinkaarimallissa tilaajana on julkisyhteisö eli yleensä kunta tai kunnan tytäryhteisö. Jos tilaaja on kunnan tytäryhteisö, edustusvaltaa tarkastellaan kyseistä yhteisöä koskevien edustussääntöjen mukaisesti. Vaikka kunnan tytäryhteisöt tekevät päätöksensä käytännössä kunnan omistajaohjauksen mukaisesti, ei kunta voi suoraan puuttua yhteisön omien toimielinten yksittäisiin päätöksiin.¹³⁶ Käytännössä tytäryhteisöt ovat yleensä osakeyhtiöitä, joissa lain mukaisena ylimpänä toimielimenä on yhtiökokous. Yhtiökokouksen tärkeimpänä tehtävänä voidaan pitää hallituksen valitsemista, sillä hallituksen tehtävänä on johtaa ja edustaa yhtiötä. Yhtiökokouksen ja

¹³³ Tapauksessa KKO 2011:54 katsottiin että tilaaja ei ollut piittaamattomalla tai huolimattomalla menettelyllään saanut aikaan urakoitsijassa virheellistä käsitystä sopimuksen solmimisesta, eikä sopimuksentekotuottamus suunnittelukustannusten osalta täytynyt, vaikka tarjouskilpailun voittajalle oli osoitettu toimitiloja suunnittelutyötä varten. Ratkaisussa painotettiin urakoitsijan asiantuntijuutta ja ymmärrystä siitä, että sopimuksen tekemisen perustellusti lykkääntyessä tilaajan on pyydettävä tarjousten voimassaolon jatkamista, ja että se puolestaan voi johtaa valitukseen ja hankintapäätöksen kumoutumiseen.

¹³⁴ Ks. Hemmo 2007, s. 457-460. Osakeyhtiön kohdalla tämä on säädetty laissa (OYL 6:28). Kunnan osalta ks. esim. Hemmo 2007, s. 489.

¹³⁵ Ks. Hemmo 2005, s. 120.

¹³⁶ HE 268/2014 vp, s. 171.

hallituksen lisäksi osakeyhtiöissä on yleensä hallituksen valitsema toimitusjohtaja ja joissakin tapauksissa myös hallintoneuvosto. (OYL 6:2.1; 6:20.1 ja 6:25)

Osakeyhtiön toimielinten edustusvallasta säädetään osakeyhtiölaissa ja mahdollisesti yhtiöjärjestyksessä. Yhtiöjärjestyksellä voidaan poiketa osakeyhtiölain toimivaltaa koskevista oletussäännöksistä. Siinä voidaan esimerkiksi määrätä, että yhtiökokous päättää toimitusjohtajan tai hallituksen yleistoimivaltaan kuuluvasta asiasta.¹³⁷ Yhtiöjärjestys onkin käytännössä merkittävä kunnan omistajaohjauksen työkalu, josta usein selvinnee toimivalta hankintapäätöksen tekemiseen.¹³⁸ Elinkaarimallilla toteutettavat hankinnat lienevät poikkeuksetta kuntaomisteisen yhtiön toiminnan laatu ja laajuus huomioon ottaen siinä määrin epätavallisia tai laajakantoisia, että osakeyhtiölain mukaisesti sopimuksen allekirjoittamisessa yhtiötä edustaa hallitus, nimenkirjoitusoikeutettu tai hallituksen erikseen valtuuttamana toimitusjohtaja tai muu henkilö (OYL 6:17.2).¹³⁹

Kunnan ollessa suoraan tilaajana, toimivalta ratkeaa käytännössä kunnan hallintosäännön perusteella. Hallintosäännöllä ohjataan muun muassa kunnan hallinnon ja toiminnan järjestämistä sekä päätöksenteko- ja hallintomenettelyä.¹⁴⁰ Kuntalain 14.1 §:n mukaan kunnan päätösvaltaa käyttää valtuusto. Ellei päätösvaltaa ole lailla osoitettu muulle toimielimelle, se kuuluu ensisijaisesti valtuustolle.¹⁴¹ Kuntalain 91.1 §:n mukaan puolestaan valtuusto voi hallintosäännössä siirtää toimivaltaansa kunnan muille toimielimille sekä luottamushenkilöille ja viranhaltijoille. Kunnan muita toimielimiä ovat muun muassa kunnanhallitus, lautakunnat, johtokunnat ja jaostot (KuntaL 30 §). Hallintosäännössä voidaan antaa toimielimelle oikeus siirtää valtaa edelleen, mutta näin siirrettyä valtaa ei voida enää siirtää (KuntaL 91.2 §). Hankintapäätöksen tehneen toimielimen – muun kuin valtuuston – päätösvallan tulee siis perustua hallintosääntöön tai hallintosäännössä valtuutetun toimielimen antamaan valtuutukseen. Lisäksi on otettava huomioon, että toimielinten päätösvalta on sidottu valtuuston talousarviossa osoittamiin määrärahoihin.¹⁴²

¹³⁷ Ruohonen ym. 2017, s. 171-172.

¹³⁸ Muita merkittäviä omistajaohjauksen työkaluja ovat konserniohje ja henkilövalinnat. Konserniohje voi yhtiön toimivaltaisen toimielimen päätöksellä tulla yhtiötä sitovaksi, mutta se ei määritä yhtiöoikeudellista edustusvaltaa (HE 268/2014 vp, s. 172, 175-176. Ks. myös Ruohonen – Vahtera - Penttilä: Kuntayhtiö, 2017, s. 194-196).

¹³⁹ Osakeyhtiön edustamisesta, ks. esim. Hemmo 2007, s. 471-479.

¹⁴⁰ HE 268/2014 vp, s. 203.

¹⁴¹ Heuru ym. 2008, s. 186.

¹⁴² Heuru ym. 2008, s. 296.

Kunnan yleinen edustamisvalta on puolestaan kunnanhallituksella. Kunnanhallituksen tehtävänä on edustaa kuntaa ja sillä on yleinen oikeus tehdä sopimuksia kunnan puolesta siltä osin, kuin hallintosäännössä ei muuta määrätä (KuntaL 39 §).¹⁴³ Lähtökohtaisesti sopimuksen mittavasta rakennusurakasta allekirjoittaa siten kunnanhallitus tai sen erikseen valtuuttama henkilö. Yleensä hallintosäännössä kuitenkin lienee määrätty myös sopimusten allekirjoittamisesta.¹⁴⁴ Jos päätösvalta hankintapäätöksen tekemisestä on muulla toimielimellä, sillä on myös oikeus edustaa kuntaa sopimuksen tekemisessä.¹⁴⁵ Toimielimen jäsenellä puolestaan voi asemansa perusteella olla oikeus edustaa toimielintä (ja siten myös kuntaa) ilman erillistä valtuutusta.¹⁴⁶ Vaikka hankintapäätös tehdään käytännössä aina monijäsenisessä toimielimessä, tavallista kuitenkin lienee, että hallintosäännössä tai päätöksen yhteydessä valtuutetaan erikseen nimetty henkilö allekirjoittamaan sopimus.

Tilajana olevan kunnan tai kaupungin edustusvallan tarkastelu kannattaa aloittaa jo tarjouskilpailuvaiheessa. Välttääkseen turhan neuvotteluriskin ottamista urakoitsijan kannattaa ennen tarjousmenettelyyn ryhtymistä selvittää, minkälainen päätös hankkeen käynnistämisen takana on ja mitä päätöksiä hankkeen toteutuminen vielä vaatii. Vaikka toimivallan ylitystilanteissa urakoitsija voineekin pitkälti luottaa vilpittömän mielen suojaan ilman päätösvaltaan liittyviä selvityksiä,¹⁴⁷ ei tilanteen tuoma epävarmuus mahdollisine oikeudenkäynteineen liene toivottavaa. Tilajaosapuolena elinkaarihankkeissa voi olla niin suuria kaupunkeja kuin pieniä kuntiakin. On hyvä tiedostaa, että kunnissa päätösvaltaa voi olla jaettu hyvin eri tavalla. Toisaalta myös menettelysäännösten hallinnassa voi olla suuria eroja. Käytännössä elinkaarihankkeet ovat kuitenkin poikkeuksetta niin suuria, että ne edellyttänevät kunnasta riippumatta talousarviossa osoitetun määrärahan lisäksi

Kuntalain 110 §:n mukaan valtuuston on vuoden loppuun mennessä hyväksyttävä kunnalle seuraavaksi kalenterivuodeksi talousarvio, johon otetaan tehtävien ja toiminnan tavoitteiden edellyttämät määrärahat ja tulotarvit, sekä osoitetaan, miten rahoitustarve katetaan.

¹⁴³ HE 268/2014 vp, s. 166.

¹⁴⁴ Näin ainakin Helsingin kaupungin hallintosäännössä (24 luvun 1 §) ja Kuntaliiton hallintosääntömallissa (153 §).

¹⁴⁵ Hemmo 2007, s. 488.

¹⁴⁶ Tapauksessa KKO 1996:84 kunnaninsinöörillä päätösvaltaisen lautakunnan esittelijänä katsottiin olevan sellainen asema, että tämä voi lautakunnan puolesta tehdä tahdonilmaisun sopimukseen ryhtymisestä.

¹⁴⁷ Kaisto 2009, s. 164.

erillisen valtuuston päätöksen.¹⁴⁸ Hankkeiden merkittävyys edesauttaa, että päätöksenteko ja edustaminen on pääsääntöisesti tilaajan taholla otettu huomioon ja toteutetaan harkitusti.

Tilaajan ollessa kunnan tytäryhtiö puhtaan oikeudellisen edustusvallan tarkasteleminen on kuntaan verrattuna yleensä suoraviivaisempaa ja rutiininomaisempaa liike-elämästä tutussa organisaatorakenteessa. Ei kuitenkaan liene riskienhallinnan näkökulmasta hyvää harkintaa jättää kuntaomisteisen yhtiön tarkastelussa kunnallista päätöksentekoa täysin vaille huomiota. Kuntayhtiön johto toimii kuitenkin kunnan luottamuksen varassa.¹⁴⁹ Vaikka tilaaja ei ylittäisikään kelpoisuuttaan tai edes yhtiöoikeudellista toimivaltaansa, kuntakonsernin päätöksenteko-ohjeiden noudattamatta jättäminen voi aiheuttaa tilaajaosapuolella sisäisiä ristiriitoja, jotka helposti heijastuvat negatiivisella tavalla myös urakkaan.

Mahdollisten vahingonkorvausten osalta voidaan huomauttaa, että osakeyhtiön toimielinten kohdalla edustusvaltaa koskevissa virhetilanteissa korvausvastuun voi kohdistaa myös edustajana olevaan toimielimen jäseneseen (OYL 22:1). Osakeyhtiölain rikkominen on itsenäinen vastuuperuste,¹⁵⁰ jossa yhtiön edustamista koskevien säädösten loukkaaminen aiheuttaa olettamuksen edustajan tuottamuksesta (OYL 22:1.3). Muissa tapauksissa korvausvastuuseen asetetaan lähtökohtaisesti yhtiö tai julkisyhteisö, mutta myös edustajana olevan henkilön vahingonkorvausvastuu voi tulla kyseeseen, jos kyseessä on lievää suurempi tuottamus (VahKorvL 3:1; 4:1 ja 4:2). Tällöin vastuuperusteena olisi kuitenkin sopimuksentekotuottamus. Tehdessään sopimusta julkisyhteisön kanssa urakoitsija voinee yleensä luottaa, että toisena osapuolena olevalla toimielimellä on kelpoisuus sopimuksen allekirjoittamiseen. Jos edustaja on yksittäinen henkilö, voitaneen olettaa, että urakoitsijan selonottovelvollisuuteen kuuluu kelpoisuuden selvittäminen, ellei henkilön asema ole sellainen, että tällä yleensä katsotaan olevan oikeus edustaa päätöksen tehnyttä toimielintä.¹⁵¹ Pelkän toimivallan ylitystilanteissa sopimuksen pätemättömyys ei voi aiheuttaa tilaajan vahingonkorvausvastuuta, sillä sopimuksen pätemättömyys edellyttäisi urakoitsijan tietoisuutta toimivallan ylityksestä. Tietoisuus nimittäin tarkoittaa, että urakoitsija ei voi olla vilpittömässä mielessä, mikä on edellytys vahingonkorvausoikeuden syntymiselle.

¹⁴⁸ Esimerkiksi Helsingin kaupungin hallintosäännössä määrätään, että valtuusto päättää kaupungin hankkeita koskevista hankesuunnitelmista, kun kustannusarvio ylittää 10 miljoonaa euroa (7 luvun 1 §).

¹⁴⁹ HE 268/2014 vp, s. 175.

¹⁵⁰ Mähönen – Villa 2013, s. 391.

¹⁵¹ Ks. KKO 1996:84. Tapauksessa kunnaninsinöörillä päätösvaltaisen lautakunnan esittelijänä katsottiin olevan sellainen asema, että tämä voi lautakunnan puolesta tehdä tahdonilmaisun sopimukseen ryhtymisestä.

4.3.4. Tehottomuusseuraamus

Hankintasopimus, johon ei liity muoto- tai edustusvaltavirhettä, voi vielä tulla sitomattomaksi siten, että markkinaoikeus määrää sopimuksen tehottomaksi hankintalain 156 §:n nojalla. Markkinaoikeus voi EU-kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa määrätä hankintasopimuksen tehottomaksi, jos odotusaikaa ei ole noudatettu tai sopimus on tehty huolimatta siitä, että hankintapäätöksestä on valitettu markkinaoikeuteen (HankL 156.1 § k 2-3). Näissä tapauksissa tehottomuusseuraamuksen määräämisen edellytyksenä on lisäksi, että hankintamenettelyssä on muutoinkin toimittu sillä tavalla virheellisesti, että se on vaikuttanut valittajan mahdollisuuksiin tulla valituksi hankinnan toimittajaksi (HankL 156.2 §). Muilta osin pykälän soveltaminen on lähes mekaanista.¹⁵² Huomioitava tosin on, että hankintalain 157 §:n mukaan markkinaoikeus voi kuitenkin jättää tehottomuusseuraamuksen määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä.

Tehottomuusseuraamus voidaan määrätä myös, jos sopimusta on muutettu sillä tavalla olennaisesti, että olisi tullut järjestää uusi hankintamenettely. Tällöin kyseessä on hankintalain vastainen suora hankinta. (HankL 136 § ja 156.1 § k 1) Hankintalain 136 §:ssä on perusteelliset säännökset sallitun ja kielletyn sopimusmuutoksen tunnistamiseksi eikä tässä yhteydessä ole tarpeen käsitellä niitä seikkaperäisesti. Voidaan todeta vain, että yleensä hankintasopimuksen muutoksen tulisi johtaa uuteen hankintamenettelyyn, jos sopimus sen seurauksena on luonteeltaan huomattavan erilainen alkuperäiseen sopimukseen verrattuna.¹⁵³ Säännösten tarkoituksena on estää kilpailuttamisvelvoitteen kiertäminen.

Vahingonkorvaus tehottomuusseuraamuksen yhteydessäkin perustuu hankintayksikön menettelyvirheeseen, ja siihen pätee, mitä vahingonkorvauksesta on kappaleessa 4.3.1. lausuttu. Halonen käsittelee väitöskirjassaan nimenomaan hankintayksikön vahingonkorvausvastuuta tehottomuusseuraamuksen yhteydessä.¹⁵⁴ Hän päätyy tutkimuksessaan siihen, että korvausvastuu voi todennä-

¹⁵² Tulkintaa voidaan joutua tekemään lähinnä odotusajan alkamisesta: odotusaika alkaa kulua vasta, kun tarjoaja on saanut riittävät tiedot hankintapäätöksestä ja sen perusteista voidakseen arvioida oikeussuojakeinojen käyttämistä. (HE 190/2009 vp, s. 61).

¹⁵³ HE 108/2016 vp, s. 226.

¹⁵⁴ Halonen 2016.

köisimmin perustua sopimuksentekotuottamukseen, ja katsoo, että edellytykset vastuun syntymiselle täyttyvät melko helposti.¹⁵⁵ Tästä voitaneen olla varovaisesti samaa mieltä muistaen sen, että jos urakoitsija on – tai esimerkiksi asiantuntemuksensa perusteella tulisi olla – tietoinen hankintamenettelyn virheestä tehdessään hankintasopimuksen, korvausvastuuta tuskin voi syntyä.¹⁵⁶

Yhtenä mahdollisena hankintamenettelyn virheenä tarkasteltavaksi voi nousta sopimuskauden pituuden hyväksyttävyys. Julkisia hankintoja koskeviin normeihin ei sisälly säännöksiä hankintasopimuksen pituudesta, mutta hankintayksiköllä on hankinnoissa velvollisuus hyödyntää olemassa olevia kilpailuolosuhteita.¹⁵⁷ Esimerkiksi 25 vuoden pituisen sopimuskauden osalta voidaan kysyä, onko kilpailuolosuhteita hyödynnetty riittävästi. Argumenttina pitkän sopimuskauden puolesta on luonnollisesti sopimusrakenteella tavoiteltava kokonaistaloudellinen edullisuus. Sopimuskauden pituutta ei tiettävästi ole toistaiseksi käsitelty tuomioistuimissa, eikä se noussut esille myöskään elinkaarimallin edistämiseen tähdänneen verolainsäädännön muutoshankkeen yhteydessä. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista tehdä syventyvää tutkimusta tästä erityiskysymyksestä, mutta urakoitsijan on kenties hyvä tiedostaa myös tämän riskin olemassaolo, vaikka sitä on toistaiseksi pidettävä varsin spekulatiivisena.

4.3.5. Sitovuusriskien huomioimisesta

Inhimillisesti ajateltuna voi olla niin, että kun pitkien neuvottelujen jälkeen hankintapäätöksen tiedonanto tulee, on urakoitsijallakin jo kiire päästä käsiksi urakkaan, jolloin huolellisuus itsestään selvältä tuntuvan sopimuksen sitovuuden varmistamiseksi saattaa unohtua. Vaikka sitovuusriskissä kyse olisi tilaajan virheistä, ja urakoitsijalla voi joissakin tapauksissa olla oikeus vahingonkorvaukseen, on urakoitsijan syytä ottaa sitovuusriski huomioon. Toisinaan voi olla järkevää tarjota neuvoja tilaajalle valituksille alttiiden toimien välttämiseksi. Vaikka esimerkiksi tarjouskilpailun voittajasta ei tosiasiassa olisi epäselvyyttä, voivat valitukset turhaan aiheuttaa epävarmuutta ja viivästyttää hanketta. Yksi seikka, johon urakoitsija voi kiinnittää tilaajan huomiota, on hankintapäätöksen tiedonanto. Jos ei sitä ole hoidettu hankintalain mukaisesti, voi muutoksenhaku aika jatkua vielä pitkälle sopimuskauden alkamisen jälkeenkin.

¹⁵⁵ Ibid s. 168-169.

¹⁵⁶ Näin myös Halonen, s. 187 ja 215-216.

¹⁵⁷ Ks. Eskola ym. 2017, s. 386-387.

5. SUORITUSKUSTANNUSRISKIT

Suorituskustannusriskillä Hemmo viittaa riskiin siitä, että sopimussuorituksen täyttäminen tulee oletettua kalliimmaksi.¹⁵⁸ Tässä tutkimuksessa suorituskustannusriskiä tulkitaan laveammin siten, että myös tilanteet, joissa urakoitsija ei saa sopimuksen mukaisesta suorituksesta olettamansa suuruista korvausta, luetaan suorituskustannusriskeihin.¹⁵⁹ Myös tällainen poikkeama suhteessa urakoitsijan oletuksiin ”käy urakoitsijan kukkarolle” eli tulee oletettua kalliimmaksi. Suorituskustannusriski koskee ennen kaikkea kiinteähintaisia toimituksia, joita suurin osa rakennusurakoista-kin lienee. Suorituskustannusriski onkin varmasti rakennusurakan merkittävimpiä riskejä.¹⁶⁰ Korhonen mainitsee rakennusurakan suorituskustannusriskiä lisäävinä ominaispiirteinä merkittävän ulkotyöosuuden, pitkäaikaisen suorituksen, valmistumisen koostumisen useista toisistaan riippuvista työsuorituksista ja rakennusalan työehtosopimusten moninaisuuden.¹⁶¹

Kun ryhdytään arvioimaan suorituskustannusriskiä, on ensiksi tarkasteltava, mikä on sopimuksen mukainen suoritus. Sopimussuorituksen määrittelyyn liittyy myös ensimmäinen riski oletettujen suorituskustannusten noususta, nimittäin tulkintariski. Tulkintariskillä tarkoitetaan riskiä siitä, että sopimus saa oikeudellisessa arvioinnissa erilaisen sisällön, kuin urakoitsija on olettanut sen olevan. Sopimuksen tulkintariskiä käsitellään tämän luvun ensimmäisessä alaluvussa. Sopimuksen tulkinnan lisäksi suorituskustannusten odottamaton nousu voi johtua myös tilaajasta. Tilajaahan liittyviä riskejä tarkastellaan tämän luvun toisessa alaluvussa. Kolmannessa alaluvussa käsitellään riskiä virhearviosta kustannuslaskennassa. Suorituskustannukset voivat nousta myös muuttuneiden olosuhteiden seurauksena. Viimeisessä alaluvussa tarkastellaankin olosuhdemuutoksiin liittyviä riskejä.

¹⁵⁸ Hemmo 2005, s. 13.

¹⁵⁹ Tällaiset tilanteet voivat liittyä tulkintariskiin tai tilaajan maksukykyriskiin. Myös sopimukseen perustuvat palvelumaksuvähennykset voivat sisältyä suorituskustannusriskin määritelmään, mutta niitä on johdonmukaisempaa käsitellä yhdessä muiden korvausvastuuriskien kanssa.

¹⁶⁰ On toki muistettava, että kustannusriskin vastineeksi urakoitsijalla on mahdollisuus oletettua suurempaan voittoon rakennuskustannusten jäädessä oletettua pienemmiksi.

¹⁶¹ Korhonen 1992, s. 112.

nähdessä. Sopimuksen tulkinnan ja täydentämisen välinen raja ei kuitenkaan aina ole selkeä, ja oikeastaan niiden väliin voidaan vielä katsoa kuuluvan niin sanottu sopimuksen tavoitteellinen tulkinta (tai riskinjakotulkinta), jossa epäselvää sopimusta tulkitaan tavoitteellisen tulkintanormin tai dispositiivisen lainsäädännön suuntaisesti. Kaikki edellä mainitut keinot sopimussisällön määrittelemiseksi voidaan katsoa kuuluvan sopimuksen tulkintaan laajassa merkityksessä.¹⁶⁴ Tulkintariskiä tarkastellessa onkin syytä tarkastella sopimuksen tulkintaa nimenomaan laajassa merkityksessä, sillä kaikkiin sen sisältämiin keinoihin liittyy yhtä lailla riski sopimussisällön määrittymisestä oletuksista poikkeavalla tavalla. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole mahdollista käydä läpi koko sopimuksen tulkintaprosessia, joten huomiota kiinnitetään lähinnä elinkaarisopimuksen tulkinta-aineistoon.

5.1.1. Elinkaarisopimuksen tulkinnasta

Sopimuksen tulkinnassa sopimusvelvoitteiden normiperusta voidaan jakaa soveltamishierarkian perusteella neljään kategoriaan. Ylimpänä soveltamisjärjestyksessä ovat pakottavat oikeusnormit, joista ei voida poiketa osapuolten nimenomaisellakaan sopimisella. Toisena hierarkiassa on varsinainen sopimusaineisto eli osapuolten sopimaksi katsottavat sopimusehdot. Kolmannella soveltamishierarkian tasolla ovat osapuolten aikaisemman – tai asianomaisen liiketoiminta-alan yleisen – käytännön perusteella vakiintuneeksi katsottavat tavat. Viimeisenä soveltamisjärjestyksessä ovat niin sanotut tahdonvaltaiset oikeusnormit eli normit, joista voidaan poiketa sopimalla.¹⁶⁵

Elinkaarisopimuksen – ja yleisesti rakennusurakkasopimusten – tulkintaan vaikuttavat pakottavat sopimusoikeudelliset oikeusnormit rajoittuvat käytännössä oikeustoimilain 36 §:n kohtuuttoman sopimusehdon sovittelua koskeviin normeihin sekä yleisiin periaatteisiin, kuten hyvän tavan vastaisen sopimuksen kieltoon. Tavanomaisessa tulkintaerimielisyystilanteessa edellä mainitut nor-

¹⁶⁴ Tulkinnan ja täydentämisen suhteesta, ks. esim. Adlercreutz 1996, s. 10-12; Hemmo 2007, s. 602-603, 657-660; ja Annola 2016, s. 33-37, 59, 66-67.

¹⁶⁵ Sopimussuhdetta sääntelevien normien hierarkiasta ks. esim. Hemmo 2007, s. 564-565; Saarnilehto – Annola 2018, s. 138-142; ja Adlercreutz 1996, s. 15-21. Adlercreutz asettaa osapuolten väliset tavat yleisen kauppatavan edellä, mitä voi osapuolisuuntautuneen tulkinnan näkökulmasta pitää perusteltuna. Lisäksi Adlercreutz lisää viimeiseksi kategoriaksi täydentävien oikeusnormien luomisen objektiivisen oikeudellisen harkinnan perusteella.

mit eivät vaikuta sopimuksen oikeudelliseen arviointiin. Muulla kuin sopimusoikeudellisella pakottavalla lainsäädännöllä onkin enemmän merkitystä rakennusurakassa, sillä rakentamista yleisesti koskevan sääntelyn voidaan katsoa määrittävän osaltaan urakoitsijan sopimussuoritusta.

Lähtökohtaisesti elinkaarisopimuksen tulkinta on kuitenkin varsinaisen sopimusaineiston tulkintaa. Vaikka tulkinnan kohteena on varsinainen sopimusaineisto, ei se tarkoita sitä, että tulkintamateriaali rajoittuisi vain sopimusasiakirjoihin. Tulkinnassa lähtökohtana on toki sopimusasiakirjojen sanamuoto, mutta pyrittäessä määrittelemään, mitä sopimusasiakirjoissa on tarkoitettu sopia, otetaan huomioon myös muu esitetty aineisto, joka kuvaa sopimuksen tekemiseen liittyvää osapuolten välistä kommunikointia.¹⁶⁶ Elinkaarisopimuksen sopimusehtojen tulkinnassa sopimusasiakirjoilla on kuitenkin tavanomaista suurempi merkitys, sillä julkisissa hankinnoissa keskeiset sopimusehdot on julkaistava tarjouspyynnössä eikä niistä enää voida neuvotella (HankL 68.1 §).¹⁶⁷

Sopimusaineiston tulkinnassa merkitystä on myös sopimustyyppillä, joka määrittelee toimintaympäristöä. Toimintaympäristön normit ja käytännöt voivat antaa tukea sanamuodon tulkinnalle.¹⁶⁸ Elinkaarisopimus on todetusti oman tyyppisensä palvelusopimus, johon liittyvä sopimuskäytäntö on vielä siinä määrin vakiintumatonta, että sen ei voida katsoa olennaisesti määrittelevän toimintaympäristöä. Sopimustyyppin mukaisena yleisenä toimintaympäristönä on siten liike-elämän palvelusopimustoiminta. Elinkaarimallille ominaisten sanamuotojen tulkinnassa ei kuitenkaan näin yleisestä toimintaympäristöstä ole välttämättä tukea saatavissa.

Elinkaarisopimuksen sanamuotojen tulkinnassa sopimuksen osat voivat kuitenkin kytkeytyä jonkin erityisen palvelusopimustyyppin mukaiseen toimintaympäristöön. Elinkaarimallin toimintaympäristöä onkin tarkasteltava tapauskohtaisesti. Esimerkiksi rakennusurakkavaiheessa on varmasti useita kysymyksiä, joissa elinkaarimallin erityispiirteet eivät tule lainkaan esille. Urakkasopimuksen ollessa YSE-pohjainen KVR-urakkasopimus, voidaan moniin kysymyksiin varmasti ongel-

¹⁶⁶ Toisinaan tulkinnassa voidaan tehdä päätelmiä osapuolten tarkoituksesta myös näiden sopimuksen täyttämiseksi tekemien toimien perusteella. Ks. KKO 2014:70 kohta 7.

¹⁶⁷ Urakoitsija voi yrittää vaikuttaa sopimusehtoihin, jos tilaaja järjestää ennen tarjouskilpailua siihen esimerkiksi markkinakartoituksen muodossa mahdollisuuden (HankintaL 65 §). Urakoitsija ei tässä vaiheessa ole sopimusneuvottelijan asemassa, joten kartoitukseen liittyvällä kommunikaatiolla voinee olla korkeintaan vähäinen merkitys sopimuksen sanamuotojen tulkinnassa.

¹⁶⁸ Ks. Hemmo 2007, s. 592; ja Annola 2016, s. 144-152.

mitta soveltaa rakennusalan vakioehtojen ympärille kehittynyttä urakkasopimuksen tulkintanormistoa. Soveltamistilanteissa on kuitenkin aina ensin tutkittava, onko kysymystä tarkasteltava laajemmin osana sopimuskokonaisuutta.

Palvelusopimukseen liittyvissä kysymyksissä puolestaan on selvää, että urakkasopimusoikeudellista normistoa ei voida ainakaan suoraan soveltaa, sillä palvelusopimus ei rakennu rakennusalan vakioehtojen varaan. Palvelusopimuksen yksittäisten sopimusehtojen tarkastelussa toimintaympäristö kiinnittyy suurelta osin kiinteistön ylläpitoon liittyviin, KH-kortistoja hyödyntäviin palvelusopimuksiin. Tapauskohtaisesti osapuolten välinen kommunikointi tai sopimusasiakirjat voivat kytkeä yksittäisiä sopimusehtoja myös johonkin muuhun toimintaympäristöön. Kokonaisuutena elinkaarimallin palvelusopimusta vastaavaa, toimintaympäristöä muodostavaa, vakiintunutta sopimuskäytäntöä ei kuitenkaan ole tunnistettavissa.

Toimintaympäristön normit ja käytännöt voivat myös määritellä sopimuksen sisältöä tilanteessa, jossa sanamuodon tulkinta ei anna vastausta kyseessä olevaan asiaan.¹⁶⁹ Myös osapuolten aikaisempi käytäntö voi määritellä sopimuksen sisältöä, mutta elinkaarimallissa sen merkitys lienee olematon. Viimeiseksi vastausta etsitään tarvittaessa tahdonvaltaisista oikeusnormeista – eli lain-säädännöstä ja lain esitöistä, oikeusperiaatteista sekä oikeuskäytännöstä. Suoraan ainoastaan elinkaarimallia koskevia tahdonvaltaisia oikeusnormeja ei toistaiseksi ole. Yksittäisissä kysymyksissä toimintaympäristöön soveltuvia tahdonvaltaisia oikeusnormeja on tarkasteltava tapauskohtaisesti. Yleisistä sopimusoikeudellisista periaatteista voidaan nostaa esiin lojaliteettiperiaate, joka pitkäkestoisen sopimuksen tulkinnassa korostaa velvollisuutta pyrkiä yhteistyöhön.¹⁷⁰

5.1.2. Riidanratkaisu elinkaarimallissa

Erityisesti mittavissa liike-elämän sopimusjärjestelyissä sovitaan tavallisesti, että sopimusta koskevat riidat ratkaistaan välimiesmenettelyssä käräjäoikeuden sijasta. Myöskään hankintasopimusta koskevien riitojen ratkaisemiselle välimiestuomioistuimessa ei ole mitään periaatteellista estettä. Kunnat eivät kuitenkaan välttämättä ole kovin halukkaita viemään riitoja välimiesmenet-

¹⁶⁹ Sopimussisällön määräytymisestä sopimuskäytännön perusteella tulkinnan eri vaiheissa Ks. Annola 2016, s. 227-233.

¹⁷⁰ Nystén-Haarala 1998, s. 32-35.

telyyn, vaan saattavat mieluummin suosia paikallista käräjäoikeutta riidanratkaisijana. Käräjäoikeuteen voidaan nähdä liittyvän lisääntynyt tulkintariski verrattuna välimiestuomioistuimeen. Välimiesmenettelyssä on mahdollista käyttää erityisosaamista omaavia asiantuntijoita välimiehinä, kun taas etenkin pienemmissä käräjäoikeuksissa monimutkaista sopimusta koskeva erityisosaaminen voi olla hyvin rajallista. Toistaiseksi Suomessa ei tiettävästi missään tuomioistuimessa ole käsitelty elinkaarisopimusta koskevia riitoja, joten nimenomaista erityisosaamistakaan ei ainakaan tuomioistuintoiminnasta voi olla kertynyt.

Se, että elinkaarisopimuksia ei tiettävästi ole toistaiseksi käsitelty tuomioistuimissa, osoittaa oikeudenkäynnin äärimmäistä viimesijaisuutta erimielisyyksien ratkaisemisessa. Pitkäkestoisessa sopimuksessa olisi toimivan yhteistyön kannalta kestävämpiä, jos sopimusta koskevia erimielisyyksiä ajaututtaisiin ratkaisemaan vastakkainasettelua korostavassa oikeudenkäyntimenettelyssä. Elinkaarimallissa erimielisyyksien ratkaisemisessa onkin välttämätöntä kehittää sopimusperusteisia ratkaisuja. Nykyisissä elinkaarimalleissa keskiöön näyttää nousevan niin sanottu yhteistoimintaryhmä (tai yhteistyöryhmä). Seuraavassa käydään läpi yhteistoimintaryhmän keskeisiä piirteitä siltä osin kuin ne ovat yhteneviä tutkimusaineistona olevissa sopimuksissa ja Kuntaliiton sopimusmallissa.

Yhteistoimintaryhmä koostuu tilaajan ja urakoitsijan edustajista ja sen tehtävänä on valvoa sopimuksen noudattamista ja kehittää osapuolten välistä yhteistyötä. Yhteistoimintaryhmä on hankkeen organisaatiossa ylin päättävä elin, joka käytännössä viime kädessä ratkaisee, miten sopimusta tulkitaan ja tekee siihen tarvittaessa tarkennuksia. Varsinaiset sopimusmuutokset eivät kuitenkaan kuulu sen toimivaltaan lukuun ottamatta sopimuksessa määriteltuihin muutosmekanismeihin perustuvia muutoksia. Yhteistoimintaryhmän kokoonpano näyttää vakiintuneen kahteen kummankin osapuolen edustajaan. Ryhmän kokous on päätösvaltainen, kun läsnä on yksi kummankin osapuolen edustaja ja päätökset edellyttävät ryhmän yksimielisyyttä. Muilta osin ryhmän kokoontumista ja päätöksentekoa ei ole kahlittu sopimusehdoissa, mikä on perusteltua joustavan ja luonnollisen yhteistyön syntymisen kannalta. Käytännössä yhteistyöryhmän on kokoonnettava vähintään kerran kuukaudessa, sillä se päättää myös kuukausittaiseen palvelumaksuun tehtävistä vähennyksistä. Säännölliset tapaamiset lyhyehköillä aikavälillä edesauttavat toimivaa yhteistyötä ja potentiaalisten ongelmien esille tuloa mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Osapuolet on velvoitettu osallistumaan sopimusehtojen mukaisesti järjestettyihin yhteistyöryhmän kokouksiin sen uhalla, että toinen osapuoli voi tehdä päätökset kokouksen päätettävänä olevassa asiassa yksipuolisesti.

Osapuolten välinen yhteistyö ja erimielisyyksien ratkaiseminen on elinkaarimallissa asetettu hyvin pitkälti yhteistoimintaryhmän varaan. Sitä voi toimiessaan pitää erinomaisena riskienhallintamekanismina, mutta siihen sisältyy myös riskinsä. Parhaatkaan sopimusmekanismit eivät takaa kitkatonta yhteistyötä. Yhteistyön sujuminen on lopulta hyvin paljon riippuvainen henkilökemiasta. Tämä pätee erityisesti elinkaarimallin yhteistoimintaryhmässä, jolle on hankkeen ongelmien ratkaisemisessa annettu suuri rooli. Säännöllinen, pitkäkestoinen yhteistyö edellyttää toimivia henkilösuhteita.

5.2. Tilaajaan liittyvät riskit

Elinkaarimallin tyypilliseen tilaajaosapuoleen liittyvät ominaispiirteet voivat tulla esille sitovuusriskien lisäksi muunkin tyyppisten riskien kohdalla. Hemmo tunnistaa sopimuskumppaniin liittyvinä riskitekijöinä tämän maksukyvyyn, asiantuntemuksen, vilpillisen menettelyn ja opportunistisen käyttäytymisen.¹⁷¹ Tilaajan vilpillistä menettelyä on käsitelty jo sopimuksen tekemiseen liittyvien riskien kohdalla todeten, että sen tarkasteluun ei tässä tutkimuksessa ole perusteita. Sopimuskumppanin opportunistinen käyttäytyminen puolestaan on kaikissa sopimussuhteissa läsnä oleva riskitekijä, jota ei voida kokonaan poistaa sopimuksella.¹⁷² Elinkaarimalliin liittyen voidaan todeta, että yleisesti ottaen kymmeniä vuosia kestävässä sopimuksissa opportunistiseen käyttäytymiseen liittyvän riskin arvioiminen on haastavaa, sillä sopimuksen merkitys sopimuskumppanille voi vuosien saatossa muuttua radikaalisti. Kuntaan tai muuhun julkisyhteisöön tilaajana on kuitenkin vaikea nähdä liittyvän mitään erityisiä piirteitä, jotka ainakaan lisäisivät opportunistisen käyttäytymisen todennäköisyyttä. Näin ollen ei ole perusteltua käsitellä sitä erikseen tässä yhteydessä. Tilaajan maksukykyä ja asiantuntemusta sen sijaan käsitellään seuraavassa, sillä niihin liittyy elinkaarimallin tai tilaajana toimivan kunnan osalta joitakin erityisiä huomioita. Asiantuntemuksen yhteydessä nousee esiin myös tilaajan myötävaikutusvelvollisuus.

¹⁷¹ Hemmo 2005, s. 34-35.

¹⁷² Ks. esim. Nystén-Haarala 1998, s. 223-226.

Vilpillisen menettelyn ja opportunistisen käyttäytymisen ero lieenee siinä, että vilpillinen menettely on sopimusrikkomus, mutta opportunistinen käyttäytyminen ei välttämättä sitä ole.

5.2.1. Tilaajan maksukyky

Tilaajan maksukykyä tulee tarkastella kahdella tasolla. Ensimmäinen taso on tilaajan välitön maksuvalmius ja toinen taso on tilaajan vakavaraisuus eli kyky selviytyä maksuvelvoitteista pitkällä aikavälillä. Kuntien kohdalla olennainen maksukyvyttömyyteen liittyvä ominaispiirre on, että kuntaa ei voida asettaa konkurssiin (KonkL 1:3.2). Sen sijaan perintä(- ja ulosotto)toimia voidaan kuntaan kohdistaa samalla tavoin kuin yksityisiin yrityksiinkin.

Julkisrahoitteisessa elinkaarimallissa maksut on jaettu rakennusurakan maksuihin ja ylläpitovaiheen maksuihin. Rakennusurakan maksut urakoitsijalle määräytyvät KVR-urakkasopimuksen perusteella, eli käytännössä erikseen sovitun maksuerätaulukon mukaisesti.¹⁷³ Maksuerätaulukossa tyypillisesti määrättäneen tarkasti kunkin maksuerän laskutusperusteet, mutta YSE 1998:ssa on säädetty loppuerän suorittamisesta tilanteessa, jossa sopimuksessa ei erikseen toisin määrätä. Sen mukaan loppuerä on suoritettava rakennuskohteen vastaanoton jälkeen, kuitenkin viimeistään silloin, kun loppuselvitys tai muu lopullinen taloudellinen selvitys on toimitettu.¹⁷⁴ Vaikka loppuerän maksaminen saattaa joskus pitkittyä, on suurin osa urakkasummasta kuitenkin tullut yleensä suoritetuksi jo urakan aikana. Koska urakka-ajat tyypillisesti ovat pisimmilläänkin vain joitakin vuosia, ei rakennusurakassa yleensä ole tarpeen tutkia tilaajan maksukykyä kovin pitkälle tulevaisuuteen. Elinkaarimallissa tilanne on kuitenkin toinen, ja palvelusopimuksen pitkäkestoisuuden vuoksi urakoitsijan on kiinnitettävä erityistä huomiota tilaajan vakavaraisuuteen.

Kuntien vakavaraisuuden hallintaa ohjataan kuntalaissa. Kuntalain 110.3 §:n mukaan kunnan taloussuunnitelman on oltava tasapainossa tai ylijäämäinen. Kunnan taseeseen kertynyt alijäämä tulee kattaa enintään neljän vuoden kuluessa tilinpäätöksen vahvistamista seuraavan vuoden alusta lukien. Säännöstä sovelletaan vuodesta 2015 alkaen taseeseen kertyneisiin alijäämiin.¹⁷⁵ Jos alijäämää ei saada katettua säädettyssä ajassa, tai jos alijäämä kahdessa perättäisessä tilinpäätöksessä ylittää kuntalain 118.3 §:ssa säädetyn rajan, kunta joutuu niin sanottuun kriisikuntamenettelyyn.¹⁷⁶ Menettely käynnistetään myös jos 118.3 §:ssa säädetty raja-arvot muiden kunnan vakavaraisuutta kuvaavien neljän tunnusluvun osalta täyttyvät kahdessa perättäisessä tilinpäätöksessä. Kriisikun-

¹⁷³ RT 80278, kohta 15.

¹⁷⁴ YSE 1998, 40 § kohta 3.

¹⁷⁵ HE 268/2014 vp, s. 107.

¹⁷⁶ Ibid.

tamenettelyssä valtiovarainministeriö ja kunta selvittävät mahdollisuudet ja vaadittavat toimenpiteet kunnan selviämiseksi säädetyistä tehtävistään (KuntaL 118.1 ja 118.5 §). Valtiovarainministeriö tekee lopulta arvion toimenpiteiden riittävydestä ja tekee tarvittaessa esityksen, joka voi johtaa valtioneuvoston tekemään kuntien pakkoliitokseen (KuntaL 118.6 §, KuntarakenneL 16a ja 18.3 §). Voidaankin todeta, että vaikka kunta on itsenäinen oikeushenkilö,¹⁷⁷ sen vakavaraisuudesta vastaa viime kädessä valtio. Valtio-ohjauksen vaikutus kunnan vakavaraisuuteen on kuitenkin melko hidasta, joten kunnan maksukykyä tarkastellessa sen vakavaraisuutta ei voi rinnastaa valtion vakavaraisuuteen. Kunnan konkurssisuoja ja valtion viimekätisen vastuun vuoksi voidaan kuitenkin todeta, että ei voida pitää kovin todennäköisenä skenaariota, jossa sopimuksen mukaiset maksusuorituksia jäisi maksukyvyttömyyden vuoksi lopullisesti suorittamatta. Maksujen viivästyminen väliaikaisen maksukyvyttömyyden vuoksi on kuitenkin asia erikseen.

Lyhyelläkin aikavälillä voidaan todeta, että tilaajan maksukykyyn liittyvä riski on kunnan tapauksessa lähtökohtaisesti pienempi kuin yksityisen yrityksen. Tämä johtuu ennen kaikkea kunnan verotusoikeudesta, joka takaa kunnalle erittäin vakaan tulovirran, ja päätöksenteon julkisuudesta. Muun muassa kunnan tilinpäätös sekä talousarvio ja -suunnitelma on julkaistava yleisessä tietoverkossa (KuntaL 109 § 3-4 k). Kunnan taloudellinen tila, elinkaarihankkeeseen osoittamat määrärahat ja rahoituksen uskottavuus ovat siten luotettavasti kenen tahansa selvitettävissä ennen hankkeeseen ryhtymistä.

Lyhyellä aikavälillä kunnan maksuvalmiuteen vaikuttavat yritysten tavoin käytettävissä olevat kassavarat, saatavilla oleva lyhyen aikavälin rahoitus sekä tulevien ja lähtevien rahavirtojen ajoitus. Kuntien tilinpäätösanalyysiin ei ole tässä yhteydessä syytä perusteellisesti syventyä, mutta voidaan todeta, että kunnan tilinpäätöstä analysoidaan periaatteessa samoin kuin yrityksenkin tilinpäätöstä. Analyysissä on vain huomioitava, että tilinpäätös ei suoraan kerro kunnan tarjoamien palveluiden tasosta, mikä voi tarkoittaa sitä, että tilinpäätöksessä menot ovat pienemmät kuin niiden tulisi olla. Hyvä taloudellinen tila voi esimerkiksi johtua lakisääteisten tehtävien minimipalvelutason alittamisesta.¹⁷⁸ Meklin ym. määrittelee kunnan tasapainoisen talouden tunnusmerkit suhteessa kunnan tehtäviin seuraavasti:

”1. Kunta kykenee käyttötuloillaan kattamaan sellaisen käyttömenojen määrän, jolla voidaan tarjota riittävät palvelut kuntalaisille.

¹⁷⁷ Harjula – Prättälä 2015, s. 9.

¹⁷⁸ Meklin ym. 2005, s. 175.

2. Kunta kykenee lisäksi huolehtimaan palvelustrukturistaan korvaus- ja uusinvestointein.

3. Kunnalla on riittävä palvelujen tuotantokyvyn mahdollistava käyttöomaisuus, joka on rahoitettu suurimmaksi osaksi omalla pääomalla.”¹⁷⁹

Tilinpäätösanalyysin lisäksi kunnan maksukykyä tarkastellessa on otettava huomioon kunnan kehitykseen vaikuttavat trendit, jotka eivät välttämättä vielä välity lainkaan tilinpäätökseen. Tällaisia trendejä ovat erityisesti kunnan väestö- ja työpaikkakehitys sekä muuttoliike.¹⁸⁰

Kunnan tai muun julkisen hankintayksikön ollessa velallisenä, maksun viivästystilanteissa velkoja on aina oikeutettu vähintään kahdeksan prosenttiyksikköä korkolain viitekorkoa korkeampaan viivästyskorkoon (MaksuehtoL 8.2 § ja KorkoL 4 a.1 §). Tätä voidaan yleensä pitää velkojan kannalta kohtuullisena korvauksena maksun viivästymisestä.¹⁸¹ Huonossa rahoitusasemassa olevalle maksun viivästymisriski on kuitenkin yleensä suurempi kuin hyvässä rahoitusasemassa olevalle. Saatavien viivästyessä yritys voi joutua turvautumaan ylimääräiseen velkarahoitukseen. Mitä suurempaa korkoa yritys joutuu maksamaan ottamalleen lainalle, sitä suurempi on saatavien viivästymisriski. Jos yritys ei saa hankittua lisärahoitusta lainkaan, voi saatavien viivästyminen johtaa pahimmillaan maksukyvyttömyyteen. Välttääkseen joutumasta itse maksuvaikeuksiin velkoja voi pitkäkestoisessa, maksueriin perustuvassa sopimuksessa joutua purkamaan kannattavan sopimuksen, vaikka luottaisikin saatavien tuloutumiseen korkojen kera. Maksun viivästymisriskiä arvioitaessa on siis huomioitava sekä kunnan että urakoitsijan rahoitustilanne.

Kuntakonserniin kuuluva tytäryhtiö on itsenäinen oikeushenkilö, jonka sitoumuksista kuntaa ei voida saattaa vastuuseen, ellei kunta ole siihen nimenomaisesti sitoutunut. Kunnan konkurssisuojaan ei koske sen tytäryhtiöitä. Kuntaomisteisten yhtiöiden osalta maksukykyä onkin lähtökohdaisesti arvioitava, kuten yksityisomisteisten yhteisöjen. Yleensä kunta lienee kuitenkin vähintään takaamassa yhtiön ottamia lainoja, joten tytäryhtiön maksuvaikeudet voivat vaikuttaa merkittävästikin kunnan talouteen. Vaikka kuntaa ei voidakaan saattaa vastuuseen tytäryhtiön sitoumuksista, on sen osallistuminen yhtiön rahoittamiseen indisio siitä, että kunta tuskin jää toimeettomaksi yhtiön kohdatessa maksuvaikeuksia. Yleensä kunnan väliintulon halukkuutta lisännee myös se, että

¹⁷⁹ Meklin ym. 2005, s. 184.

¹⁸⁰ Meklin ym. 2005, s. 184-185.

¹⁸¹ Jos yrityksen kassa on kunnossa, maksusaatavien viivästyskorkoja voi usein pitää ”kannattavana sijoituksena”.

urakoitsijan palvelut ovat tarpeellisia kunnan lakisääteisten tehtävien suorittamiseksi. Mitään takeita siitä ei todetusti kuitenkaan ole, ellei siitä ole nimenomaisesti sovittu.

5.2.2. Tilaajan asiantuntemus ja myötävaikutusvelvollisuus

Tilaajan asiantuntemukseen liittyvä riski on ollut jo esillä tilaajan julkista hankintamenettelyä koskevaan osaamiseen ja hankintasopimuksen sitovuuteen liittyen. Tilaajan puutteelliseen asiantuntemukseen voi kuitenkin liittyä myös muun tyyppisiä riskejä. Ne voivat ilmetä kahdella tavalla: tilaajan osaamisen puute voi hankaloittaa urakoitsijan velvoitteiden täyttämistä ja toisaalta tilaajan ilmeinen asiantuntemattomuus voi aiheuttaa urakoitsijalle normaalia suuremman tiedonanto- ja huolenpitovelvollisuuden.¹⁸² Tilaajan asiantuntemukseen voidaan lukea myös resurssit, joiden puute lienee varsinaista osaamattomuutta tavallisempi syy tilaajan puutteelliseen hankkeen edistämiseen.

Elinkaarimallissa tilaajan osaamisen ja asiantuntemuksen merkitys on suurin tarjouspyyntö- ja sopimusvalmisteluvaiheessa. Koska urakoitsija vastaa sopimuksen mukaisen rakennuksen suunnittelusta, rakentamisesta ja ylläpidosta, on olennaista, että urakoitsija saa tilaajalta selkeät ja johdonmukaiset vaatimukset koskien rakennuksen tiloja, käytettävyyttä ja toiminnallisuutta. Käytännössä elinkaarimalli hankkeena ja sopimusrakenteena on niin haastava ja monimutkainen, että kuntien lienee tarpeen käyttää rakennuttamis- ja hankintakonsultointiin erikoistuneita asiantuntijoita apunaan. Tämä vähentäneen osaamisriskiä. On kuitenkin mahdollista, että kun elinkaarimalli hankintamenettelynä valtavirtaistuu, kunnat – myös pienemmät – yrittävät selviytyä hankkeista turvautuen enemmän omiin resursseihinsa. Tällöin voi periaatteessa tulla kyseeseen myös urakoitsijalle asetettava tavanomaista suurempi tiedonanto- ja huolenpitovelvollisuus.¹⁸³ Tämä toki edellyttää, että urakoitsijaa voidaan pitää elinkarihankkeiden asiantuntijana. Yksi seikka, johon urakoitsijan on joka tapauksessa syytä tilaajassa kiinnittää huomiota, on tämän hankkeelle asettamat odotukset. Jos tilaajan muu viestintä indikoi tilaajan hankkeelle asettamien odotusten olevan ristiriidassa sopimusaineiston kanssa, on riski sopimussuhteen riitaantumisesta suuri.

¹⁸² Hemmo 2005, s. 39.

¹⁸³ Hemmo 2005, s. 203-208.

Sopimusosapuolen osaamiseen sopimuskauden aikana liittyvien riskien hallinnan kannalta olennaista olisi yleensä pyrkiä kirjaamaan omaan suoritukseen vaikuttavat tilaajan toimet sopimusvelvoitteiksi. Tilaajan rikkoessa sopimusvelvoitteitaan urakoitsija voi siirtää seuraukset tilaajan kannettavaksi reklamoimalla, ja äärimmäisessä tapauksessa purkaa sopimuksen ja vaatia vahingonkorvauksia. Lähtökohtaisesti tilaajan velvoitteiksi rakennusurakassa katsotaan vain maksuvelvoite ja myötävaikutusvelvoite.¹⁸⁴ Lisäksi voidaan erottaa myötävaikutusvelvoitetta lähellä oleva tiedonantovelvoite, joka koskee lähinnä rakennusurakan lähtötietojen antamista sekä YSE 1998:ssa määriteltujen ilmoitusten ja reklamaatioiden tekemistä.¹⁸⁵

Elinkaarimallin pohjana olevassa KVR-urakassa tilaajan nimenomaiset myötävaikutusvelvoitteet ovat yleensä melko rajatut. KVR-urakan mallisopimuksen mukaan tilaajan myötävaikutusvelvoitteita ovat tämän toimittamaksi sovittujen rakennustarvikkeiden ja muun materiaalin toimittaminen ajallaan, urakoitsijan suoritusta häiritsevien muiden töiden välttäminen ja suunnitelmien tarkastaminen.^{186, 187} Elinkaarimallissa ei voida pitää riskienjaon kannalta optimaalisena näin rajoitettua tilaajan myötävaikutusvelvollisuutta.¹⁸⁸ Käytännössä tämä tarkoittaisi, että kaikki sopimuksen mukaiseen suoritukseen vaadittavat asiat olisi osattu ottaa huomioon jo sopimusvaiheessa. Tätä taas ei voida pitää realistisena lähtökohtana, etenkin kun otetaan huomioon, että elinkaarimalli on ver-raten uusi rakennushankkeiden toteutusmuoto, josta saadut kokemukset ovat vielä varsin rajallisia.

On toki huomattava, että edellä mainittujen nimenomaisten myötävaikutusvelvoitteiden lisäksi rakennusurakkaan – ja muihin yhteistyötä edellyttäviin pitkäkestoisiin sopimuksiin – katsotaan kuuluvan yleinen myötävaikutusvelvollisuus, josta käytetään usein termiä lojaliteettivelvollisuus.¹⁸⁹ Lojaliteettivelvollisuuden sisältö ei ole kovin täsmällinen ja se vaihtelee sopimustyypeittäin.¹⁹⁰ Yleisesti sen katsotaan tarkoittavan sopimusosapuolen velvollisuutta huomioida toisen osapuolen

¹⁸⁴ Korhonen 1992, s. 219-220; Oksanen 1985, s. 214-215.

¹⁸⁵ Rudanko 1989, s. 2-3.

¹⁸⁶ Suunnitelmien tarkastaminen ei siirrä vastuuta niiden sopimuksenmukaisuudesta pois urakoitsijalta (RT 80278, kohta 10 – tilaajan vastuu).

¹⁸⁷ RT 80278, kohta 6.

¹⁸⁸ Riskienjaossa tulisi pyrkiä kohdistamaan riski sille osapuolelle, joka pystyy siihen paremmin vaikuttamaan.

¹⁸⁹ Lojaliteetista muihin pitkäkestoisiin sopimuksiin liittyen, Hemmo 2007, s. 53-55; Rakennusurakkaan liittyen, Rudanko 1989, s. 31-37.

¹⁹⁰ Halila 1981, s. 44.

tärkeät intressit, mikäli sen voi tehdä loukkaamatta omia oikeuksiaan.¹⁹¹ Rakennusurakassa lojaliteettivelvollisuus voi Rudangon mukaan edellyttää muun muassa tilaajan osallistumista sopimusorganisaation toimintaan.¹⁹² Vaikka elinkaarimalliinkin epäilemättä voidaan ilman nimenomaista sopimusehtoakin katsoa kuuluvan yleinen lojaliteettivelvollisuus, on sen sisältö erityisesti uutta sopimustyyppiä edustavassa elinkaarimallissa varsin täsmentymätön. Tämän vuoksi urakoitsijan on syytä kiinnittää sopimuksessa huomiota tilaajan lojaliteettivelvollisuutta ilmentäviin nimenomaisiin sopimusehtoihin.¹⁹³

Edellä on jo käsitelty yhteistoimintaryhmän merkitystä elinkaarihankkeen aikana ilmenevien erimielisyyksien ratkaisemisessa. Yhteistoimintaryhmää koskevat sopimusehdot voidaan nähdä myös lojaliteettivelvollisuutta konkretisoivina sopimusehtoina. On kuitenkin syytä tiedostaa, että lojaliteettivelvollisuus on luonteeltaan epätasällinen, eikä sitä konkretisoivat sopimusehdotkaan yleensä tarjoa muuta kuin velvollisuuden yrittää löytää ratkaisut kysymyksiin, jotka eivät ratkea sopimustekstin perusteella. Osapuolten asiantuntemuksen lisäksi paljon on sen varassa, miten avainhenkilöiden väliset henkilösuhteet toimivat. Urakoitsijan onkin syytä jo tarjousvaiheessa pyrkiä selvittämään, ketkä tilaajan puolelta ovat mahdollisesti niitä avainhenkilöitä, jotka ovat esimerkiksi edustajina yhteistoimintaryhmässä.

5.3. Kustannusarvioriski

Kustannusarvioriskillä tarkoitetaan riskiä siitä, että urakoitsija on tehnyt virheen kustannusarviossa.¹⁹⁴ Kustannusarvioriski ei välttämättä yleensä ole itsenäinen riskityyppinsä, sillä myös muu

¹⁹¹ Hemmo 2007, s. 53 ja Rudanko 1989, s. 37.

¹⁹² Rudanko 1989, s. 47-52.

¹⁹³ Tutkimuksen lähteenä olevissa sopimusaineistoissa on mm. kattosopimuksessa todettu sopimuksen taustaan ja tarkoitukseen liittyvänä sopimusehtona, että sopijapuolet tiedostavat, että hankkeen tavoitteiden saavuttaminen edellyttää kumppanuusperiaatteen mukaisesti sopijapuolten välistä avoimuutta, luottamusta sekä säännöllistä ja oikea-aikaista vuorovaikutusta koko sopimuskauden ajan. Yhteistoimintaryhmästä todetaan, että sen tulee kumppanuusperiaatetta noudattaen ja kummankin osapuolen perustellut intressit huomioon ottaen pyrkiä saavuttamaan sovinnollinen ratkaisu osapuolten välille kaikissa sen käsiteltävänä olevissa asioissa. Lisäksi palvelusopimukseen on kirjattu osapuolten erityinen tiedonantovelvollisuus, jonka mukaan osapuolet ovat velvollisia viipymättä ilmoittamaan tietoonsa tulleet seikat, jotka voivat vaikuttaa sopimusvelvoitteiden täyttämiseen.

¹⁹⁴ Korhonen 1992, s. 112.

toteutunut suorituskustannusriski näyttäytyy usein kustannusarvion virheenä. Kustannusarvio onkin merkittävin suorituskustannusten riskienhallintaväline. Myös korvausvastuuriskeihin voidaan varautua kustannusarviossa. Kaikkia tilanteita, joissa aiheutuneet todelliset kustannukset poikkeavat arvioiduista, ei voi kuitenkaan pitää varsinaisena arviointivirheenä. Arviointia tehdään kuitenkin aina käytettävissä olevan tiedon valossa, eikä kaikkia muuttujia ole mahdollista huomioida. Kustannusarvion tekemisessä urakoitsija voi kuitenkin tehdä myös sellaisia virheitä, jotka ovat seurausta osaamattomasta tai huolimattomasta toiminnasta. Elinkaarihankkeet ovat taloudellisesti mittavia, joten prosentuaalisesti pienetkin huolimattomuusvirheet kustannusarviossa voivat johtaa huomattaviin taloudellisiin menetyksiin.

Elinkaarimalliin sisältyvän rakennusurakan kustannusarvion tekemisen ei välttämättä tarvitse poiketa tavanomaisesta KVR-urakasta. Tällöin kustannusarvio laaditaan rakennukselle, joka on tilaajan rakennusurakkasopimuksessa asettamien vaatimusten mukainen. Myös ylläpitopalvelu suunnitellaan ja hinnoitellaan silloin kyseiselle minimivaatimukset täyttävälle rakennukselle. Elinkaarimallissa tilaajan tavoitteena on kuitenkin optimoida toimitilojen rakentamisen ja ylläpidon aiheuttamia kokonaiskustannuksia. Koska lähtökohtaisesti elinkaarihankkeen tarjouskilpailussa määräävä kilpailutekijä on tarjouksen yhteishinta (rakennusurakka + ylläpitopalvelu), tulisi tavoitteen välittyä myös urakoitsijan tarjouslaskentaan. Jotta urakoitsija voisi voittaa tarjouskilpailun, tulisi tämän – ainakin teoriassa – pyrkiä tarjouslaskentavaiheessa huomiomaan sellaiset rakennusurakan minimivaatimukset ylittävät ratkaisut, jotka laskevat kokonaiskustannuksia säästyneiden ylläpitokustannusten muodossa.¹⁹⁵

Suunnittelu- ja rakennusvaiheessa tehtävät ratkaisut voivat alentaa ylläpitokustannuksia joko suoraan tai välillisesti. Esimerkiksi rakenne- ja tilaratkaisut sekä laite- ja materiaalivalinnat, joilla helpotetaan puhtaanapitoa, harvennetaan huoltoväliä tai pidennetään käyttöikää, alentavat suoraan ylläpidosta aiheutuvia kustannuksia. Samoin rakennusurakassa voidaan tehdä ratkaisuja, joilla pienennetään esimerkiksi ylläpitovaiheen aikana ilmenevien sisäilmaongelmien riskiä. Tämä puolestaan alentaa ylläpitokustannuksia pienentyneiden riskivaraumien vuoksi. Vaikka ylläpitokustannuksia alentavien ratkaisujen etsiminen on elinkaarimallille ominaista, ei ratkaisujen rakennusurakalle aiheuttamien kustannusten arvioiminen kuitenkaan poikkea muiden rakennuskustannusten

¹⁹⁵ Urakoitsijoiden välisen kilpailun ollessa vähäistä voidaan kyseenalaistaa urakoitsijan motivaatio kokonaiskustannusten optimointiin tarjouslaskennassa.

arvioinnista. Näin ollen voidaan todeta, että elinkaarimalliin sisältyvän rakennusurakan kustannusarvioon ei näyttäisi liittyvän mitään erityistä riskiä. Yleisesti rakennusurakan kustannusarvion virhealttiutta nostavina tekijöinä voidaan mainita esimerkiksi epäselvät lähtötiedot, tiukat aikataulut, uudet alihankkijat ja tavanomaisesta poikkeavat rakenteelliset ratkaisut.

Urakoitsijan näkökulmasta poikkeukselliset kustannusarvioriskit elinkaarimallissa liittyvät palvelujakson ylläpitopalveluihin. Elinkaarimallin ylläpitopalvelut voidaan jakaa kunnossapitoon, kiinteistönhoitoon ja mahdollisiin muihin kiinteistöpalveluihin. Kunnossapidon kustannusarvio toteutetaan käytännössä kunnossapitosuunnitelmassa, jossa korostuu todetusti yhteys rakennusurakkaan. Kunnossapitosuunnitelmassa on osattava arvioida rakennusurakassa valittujen ratkaisujen kunnossapitotarpeet. Yhteistoimintaryhmällä on toki laajat valtuudet muuttaa kunnossapitosuunnitelmaa, mutta suunnitelman kokonaiskustannusarviota suurempiin korvauksiin urakoitsija ei kuitenkaan muutoksien seurauksenakaan ole oikeutettu. Kunnossapitotarpeiden aliarvioiminen ei välttämättä tule esiin ennen kuin sopimuskauden lopulla, jolloin voidaan joutua tekemään suunnittelemattomia kunnossapitotöitä rakennuksen luovutuskuntoon saattamiseksi.

Kiinteistönhoidon ja mahdollisten muiden kiinteistöpalvelujen osalta kustannusarvio perustunee pitkälti alihankkijoiden hyödyntämiseen. Ylläpitopalvelujen kustannusarvion tekemistä yleisellä tasolla helpottaa se, että palvelusopimuksen palvelukuvaukset perustuvat pitkälti toimialan tuntemaan KH-kortistoon. KH-kortisto on RT-kortistoa vastaava kokoelma rakennusten ja kiinteistöjen ylläpitoa koskevia ohjeita, säädöksiä ja laatuvaatimuksia.

Oma elementtinsä elinkaarimallin ylläpitopalvelun kustannusarviossa ovat energiakustannukset. On selvää, ettei urakoitsija voi sitoutua tiettyihin energiakustannuksiin koko sopimuskauden ajaksi, sillä urakoitsija ei juurikaan voi vaikuttaa energian yksikköhintaan. Elinkaarimallissa urakoitsija sitoutuukin tiettyyn energiankulutustavoitteeseen, jonka alittumisesta se saa palkkioita, ja ylittymisestä sanktioita. Vaikka hintariski onkin tilaajalla, sisältyy myös kulutukseen huomattava arvioriski.¹⁹⁶ Suuren rakennuksen energiankulutus koostuu monesta osatekijästä, joiden vaikutukset tulisi kyetä huomioimaan tarjouslaskentavaiheessa. Haastavina arviointikohteina voidaan mai-

¹⁹⁶ Lähdeaineistona olevissa sopimuksissa käyttösähköä ei lasketa kulutukseen. Tämä on perusteltua, koska urakoitsija ei voi siihen vaikuttaa.

nita esimerkiksi rakennuksen käyttäjämäärien ja niiden vaihtelun vaikutukset, lämmitysjärjestelmien tuottoteho sekä kenties myös ilmastonmuutoksen vaikutukset¹⁹⁷. Pitkällä sopimuskaudella on kaksi puolta suhteessa sääolosuhteisiin: yhtäältä se mahdollistaa vaihtelujen tasaantumisen ja toisaalta se voi tuoda esille pidemmän aikavälin trendejä.

Kustannusarvion tekemisessä korostuu kokemuksen merkitys. Rakennuksen ylläpitoon liittyvät palvelut eivät yleensä ole urakoitsijan ydinliiketoimintaa, eikä sillä välttämättä ole vaadittavaa kokemusta kustannusarvioiden tekemiseen. Urakoitsija voi tietenkin hyödyntää kustannusarvion tekemisessä alihankintaa ja siirtää kustannusarvioriskiä osittain alihankkijoille, mutta siinäkin vaaditaan hankintaosaamista. Elinkaarimallissa urakoitsijalla saattaa usein olla myös kumppani, jolla on merkittävä rooli ylläpidossa. Tilaajaan kohdistuvan yhteisvastuun myötä kumppanuussuhde tuo uuden riskielementin, mutta onnistuneella kumppanuussopimuksella voidaan pienentää muun muassa kustannusarvioriskiä.

5.4. Olosuhdemuutoksiin liittyvät riskit

Olosuhteissa tapahtuvat muutokset voivat vaikuttaa merkittävästi suorituskustannuksiin. Pitkäkestoisessa sopimuksessa olosuhdemuutoksiin liittyvä riski korostuu, sillä olosuhteiden muutoksien todennäköisyys kasvaa sopimuskauden pituuden mukana. Mahdollisia muutoksia on mahdoton luetella kattavasti, mutta tyypillisesti muutokset voivat liittyä esimerkiksi luonnonolosuhteisiin, yleiseen hintatasoon, tuotantoresurssien saatavuuteen, lainsäädäntöön tai yhteiskunnallisiin olosuhteisiin. Sopimusten sitovuuden periaatteesta johtuva lähtökohta on, että jollei toisin ole sovittu, olosuhteiden muutokset eivät muuta sopimukseen perustuvaa suoritusvelvollisuutta. Lähtökohdasta voidaan poiketa tietyin edellytyksin kohtuullistamalla sopimusta oikeustoimilain 36 §:n mukaisesti tai vapauttamalla suoritusvastuusta ylivoimaista estettä (*force majeure*) koskevien oppien mukaisesti.

¹⁹⁷ Ilmastonmuutoksen vaikutukset ovat toki lähtökohtaisesti positiiviset energiankulutuksen kannalta – etenkin koulurakennuksissa, joissa jäähdytyksen tarve voi olla vähäisempi kuumimpaan vuodenaikaan osuvan loma-kauden vuoksi.

5.4.1. Ylivoimainen este ja sopimuksen kohtuullistaminen

Rudanko määrittelee ylivoimaisen esteen seuraavasti: ”osapuolista riippumaton, ulkopuolinen, odottamaton ja poikkeuksellinen tapahtuma, joka estää sopimuksenmukaisen suoritusvelvollisuuden täyttämisen siten, että tämän vaikutuksen torjuminen on velallisen normaalien vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella”.¹⁹⁸ Määritelmä koskee yleistä sopimusoikeudellista periaatetta, jonka perusteella velallinen vapautetaan sopimuksen täyttämisestä sekä vahingonkorvausvastuusta. Sopimuksessa ylivoimaisen esteen määritelmää voidaan täsmentää ja laajentaa. Näin on myös tutkimuslähteenä olevissa elinkaarisopimuksissa tehty. Ylivoimaista estettä koskevat sopimusehdot näyttävät jonkin verran vaihtelevan sopimuksissa, joten niistä ei ole syytä tehdä sanamuotoon perustuvia yleistäviä johtopäätöksiä. Monilta osin sopimusehdot ovat yhteneväiset YSE:n ylivoimaista estettä koskevien sopimusehtojen kanssa, ja urakkasopimuksen osalta myös tukeutuvat YSE:n ehtoihin. YSE:n ylivoimaista estettä koskevia sopimusehtoja on käsitelty kattavasti rakennusurakka-oikeudellisessa kirjallisuudessa,¹⁹⁹ eikä niitä ole syytä tässä yhteydessä tarkastella lähemmin.

Oikeustoimilain 36 §:n mukaan oikeustoimen ehtoa voidaan joko sovitella tai jättää se huomioon ottamatta, jos ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen. Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon muun muassa oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet. Sopimuksen kohtuullistamisella voidaan poistaa olosuhteiden muutoksen aiheuttama vastakkaisten sopimussuoritusten kohtuuton epätasapaino. Voidaan kuitenkin todeta, että kohtuullistamisen soveltuvuus elinkaarisopimukseen muiden kuin ylivoimaisen esteen tai sen luonteisten olosuhdemuutosten kohdalla lienee vähäinen. Sopimuksen kohtuullistaminen ei nimittäin yleensä tule kysymykseen, jos olosuhdemuutos kuuluu sopimuksen luontaisiin riskeihin.²⁰⁰ Kymmeniä vuosia kestävässä sopimuksessa voidaan olettaa, että osapuolet ottavat huomioon riskin monenlaisista olosuhdemuutoksista ja esimerkiksi laativat tarvittavat sopimusehdot sopimuksen muuttamiselle. Elinkaarisopimuksen olosuhdemuutoksiin liittyvää riskiä arvioitaessa onkin syytä kiinnittää huomiota sopimuksen sisäisiin muutosmekanismeihin.

¹⁹⁸ Rudanko Matti, Tieteen termipankki 19.03.2019: Oikeustiede:ylivoimainen este.

¹⁹⁹ Ks. esim. Oksanen – Laine – Kaskiari 2010, s. 117-120, 186-188, 258-259 ja 268.

²⁰⁰ Hemmo 2003, s. 75.

5.4.2. Sopimuksen sisäiset muutosmekanismit

Sopimuksen sisäiset muutosmekanismit voidaan jakaa neljään kategoriaan, jotka ovat osapuolia neuvottelemaan velvoittavat sopimusehdot, yksipuoliseen muuttamiseen oikeuttavat sopimusehdot, muutosta koskevan päätösvallan kolmannelle osapuolelle siirtävät sopimusehdot ja kiinteät (automaattiset) muutosmekanismit.²⁰¹ Elinkaarisopimuksissa on käytetty kaikkia näitä mekanismeja tai niiden yhdistelmiä. Keskeisimpänä elementtinä on molemmille osapuolille osoitettu oikeus vaatia neuvotteluja sopimuksen muuttamisesta. Pääasiallinen muutosmekanismi on yhteistoimintaryhmän neuvottelut, johon on joissakin tapauksissa lisätty elementtejä muista muutosmekanismeista. Esimerkkinä voidaan mainita palvelusopimuksen suhtautuminen lainsäädäntömuutoksiin. Sopimusehtojen mukaan osapuolten on kumman tahansa aloitteesta neuvoteltava lainsäädäntömuutoksen vaikutuksesta sopimukseen. Mikäli urakoitsija voi osoittaa, että lainsäädäntömuutos nostaa suorituskustannuksia, palvelumaksun määrää korotetaan vastaavasti siten kuin yhteistoimintaryhmässä korotuksesta sovitaan. Muutosmekanismi on siten yhdistelmä kiinteää mekanismia ja osapuolia neuvottelemaan velvoittavaa mekanismia.

Toisenlaisena esimerkkinä elinkaarisopimuksen sisäisistä muutosmekanismeista voidaan tarkastella suhtautumista hintatasoriskiin. Pitkäkestoisessa sopimuksessa – elinkaarimallin palvelusopimuksen tapauksessa monikymmenvuotisessa – on selvää, että sopimussuoritukseen vaadittavien tuotannontekijöiden yleinen hintataso muuttuu sopimusaikana. Rakennusurakassa lähtökohtana on, että hintatason muutokset eivät vaikuta kiinteähintaisen urakan urakkahintaan. Näin todetaan myös rakennusurakan yleisissä sopimusehdoissa (YSE 49 §), jonka mukaan vain lainsäädäntömuutoksista johtuvat muutokset voidaan ottaa huomioon, jos vaikutus kustannuksiin on vähintään 0,5 % urakkahinnasta. Tästä lähtökohdasta ei elinkaarimallin urakkasopimuksessa liene mitään erityistä syytä poiketa, eikä näin ole myöskään toimittu tutkimusaineiston perusteella. Rakennusurakan osalta yleinen hintatasoriski on siten lähtökohtaisesti urakoitsijan kannettavana.

Palvelusopimuksen osalta puolestaan on selvää, että hintatason muutoksiin on varauduttava sopimuksessa, sillä urakoitsijalta ei ole rationaalista vaatia ottamaan tarjoushinnassa huomioon kymmenien vuosien kehitystä. Tutkimuslähteenä olevissa sopimuksissa kiinteistönhoidosta suoritettava kokonaispalvelumaksu onkin sidottu kiinteästi Tilastokeskuksen julkaisemaan kiinteistön ylläpidon kustannusindeksiin. Kunnossapitosuunnitelman mukaisia toimenpiteitä koskevat maksut

²⁰¹ Ks. Annola 2003, s. 219-220; vastaavasti myös Hemmo 2003, s. 6-24 ja 30-36.

on puolestaan sidottu Tilastokeskuksen julkaisemaan rakennuskustannusindeksiin. Maksujen indeksisidonnaisuus suojaa tehokkaasti urakoitsijaa yleisen hintatason nousun aiheuttamalta suorituskustannusriskiltä. Indeksit eivät kuitenkaan välttämättä korreloi tuotannontekijöiden kustannusmuutoksia yksittäistapauksissa.

Yhteenvedona voidaan todeta, että elinkaarisopimuksissa korostuu sopimuksen sisäisten muutosmekanismien merkitys, sillä liike-elämässä äärimmäistä pitkäkestoisuutta edustavassa sopimuksessa olosuhteiden muutos on ilmeistä. Sopimuskäytännön perusteella muutosmekanismien käyttö on monipuolista ja pyrkii huomioimaan erilaisia muutostarpeita. Muutosmekanismeissa toki painottuu neuvotteluvelvollisuus, joka ei vielä takaa yhteisymmärrystä sopimuksen muuttamisesta. Tämä on luonnollista, sillä mahdollisten muutosten kattava ennakoiminen esimerkiksi kiinteillä muutosmekanismeilla olisi varsin haastavaa. Todennäköistä kuitenkin on, että mekanismit kehittyvät edelleen, kun kokemukset elinkaarimallista lisääntyvät. Riskitekijänä – ja samalla mahdollisena vahvuutena – nykyisissä käytännöissä voidaan mainita jo muissa yhteyksissä esille tullut yhteistoimintaryhmän suuri rooli. Riskiä pienentäisi esimerkiksi mekanismit, joiden perusteella olisi mahdollisuus kolmannen osapuolen hyödyntämiseen yhteistoimintaryhmän neuvotteluissa mahdollisesti syntyvien pattitilanteiden ratkaisemisessa.

6. KORVAUSVASTUURISKIT

Korvausvastuuriskillä tarkoitetaan tässä erityisesti riskiä suoritushäiriön aiheuttamasta korvausvelvollisuudesta. Suoritushäiriöllä puolestaan tarkoitetaan toteutuneen suorituksen poikkeamista sopimusvelvoitteesta siten, että toteutunut suoritus on velkojan kannalta epäedullisempi kuin sopimusvelvoitteen mukainen suoritus.²⁰² Vastuu suoritushäiriöstä voi poistua tai kaventua ylivoimaisen esteen, sopimuksen kohtuullistamisen tai tilaajan velvoitteiden laiminlyömisestä johdosta. Näitä vastuunrajoitusperusteita on jo käsitelty tässä tutkimuksessa eikä niihin tässä palata laajemmin. Tilaajan velvoitteista voidaan kiinnittää huomiota lojaliteettivelvollisuuteen kuuluvaan velvollisuuteen ilmoittaa havaitsemastaan suoritushäiriöstä mahdollisimman pian. Jos tilaaja aiheuttomasti viivyttelee huomautustaan, eikä urakoitsija ole tietoinen suoritushäiriöstään, voi urakoitsijan vastuu vahingoista kaventua.²⁰³ Urakoitsija vastaa myös kohteen tai palvelujen tuottamisesta kolmannelle osapuolelle aiheutuneista vahingoista, vaikkei kysymys olisikaan suoritushäiriöstä. Niihin ei kuitenkaan tyypillisesti sisälly olennaista korvausvastuuriskiä, sillä lähtökohtaisesti korvausvastuu siirtyy urakoitsijalta vaadittavien vastuuvakuutusten²⁰⁴ myötä vakuutusyhtiölle.²⁰⁵ Näin ollen kolmannelle osapuolelle aiheutuvien vahinkojen korvausvastuuta ei ole syytä käsitellä tarkemmin tässä yhteydessä.

Korvausvastuuriskiä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota kahteen seikkaan: urakoitsijan mahdollisuuksiin täyttää sopimusvelvoitteet sekä mahdollisten suoritushäiriöiden seurauksiin. Olennaista on tunnistaa ne sopimusvelvoitteet, joiden toteuttamisessa urakoitsijalla voi olla vaikeuksia, sekä näiden velvoitteiden laiminlyömisestä aiheutuvat seuraukset. Elinkaarisopimukseen sisältyvien urakoitsijan velvoitteiden määrä on valtava. Velvoitteisiin sisältyvien riskien todennäköisyyttä on aina arvioitava urakoitsijan kykyjen ja valmiuksien mukaisesti. Yleispätevää listausta

²⁰² Hemmo 2003, s. 112.

²⁰³ Hemmo 2003, s. 155.

²⁰⁴ Sopimuskäytännön esimerkki urakoitsijalta vaadittavasta vakuutussuojasta: ”[t]oiminnan vastuu- ja tuotevastuuvakuutus, joka kattaa kohteesta tai [p]alveluntuottajan kohteessa tuottamista palveluista toiselle aiheutuvat suorat henkilö- ja esinevahingot joista vakuutettu on voimassa olevan oikeuden mukaan korvausvastuussa.”

²⁰⁵ Sanottu ei tietenkään tarkoita, että urakoitsija voisi suhtautua välinpitämättömästi kolmannelle osapuolelle aiheutuviin vahinkoihin. Niistä voi aiheutua myös muita taloudellisia seuraamuksia esimerkiksi rangaistusten tai kärsineen maineen myötä. Ks. Lintumaa 2002, s. 347.

merkittävimmistä korvausvastuuriskeistä onkin mahdoton esittää. Sopimusvelvoitteiden määrittelyä puolestaan on jo käsitelty edellä tulkintariskin yhteydessä, ja monet urakoitsijan keskeiset velvoitteet ovat tulleet esille eri yhteyksissä. Sen vuoksi tässä luvussa päähuomio kohdistuu elinkaarisopimuksen seuraamusjärjestelmään, joka jakautuu urakkasopimuksen ja palvelusopimuksen seuraamusjärjestelmiin. Seuraavassa niitä tarkastellaan omissa alaluvuissaan.

6.1. Rakennusurakan korvausvastuuriskit

Urakkasopimuksen ja palvelusopimuksen erilliset seuraamusjärjestelmät ovat osittain päällekkäisiä, sillä rakennusurakan takuuvastuu ja takuuajan jälkeinen vastuu ulottuvat palvelusopimuksen sopimuskaudelle. Käytännössä urakkasopimukseen perustuvat vastuut jäävät kuitenkin rakennuskohteen luovutuksen jälkeen merkityksettömiksi, sillä palvelusopimukseen perustuvat vastuut kattavat myös rakennusurakan takuuvastuun ja takuuajan jälkeisen vastuun.²⁰⁶

Muilta osin elinkaarimallin rakennusurakan korvausvastuu on YSE-pohjaisen KVR-urakan mukainen. Rakennusurakan seuraamusjärjestelmästä on kirjoitettu kattavasti esimerkiksi YSE-kommentaareissa²⁰⁷, joten tässä yhteydessä siitä käydään vain kertauksen omaisesti pääpiirteet. Rakennusurakassa suoritushäiriöiden seuraamukset jakaantuvat viivästyksen seuraamuksiin ja virheellisen työntuloksen seuraamuksiin. Urakoitsijan vastuulla olevasta viivästyksestä seuraamuksena on sopimuksen mukainen viivästyssakko. Lisäksi urakoitsijan on korvattava sopimussakon ylittävät vahingot, jos tämä on menetellyt tahallisesti tai törkeän huolimattomasti (YSE 18 §).²⁰⁸ Virheellisen työntuloksen osalta urakoitsijalla on korjausvelvollisuus paitsi, jos korjaaminen ei ole välttämätöntä ja se olisi kustannuksiltaan kohtuutonta. Tällöin urakoitsijan on hyvittävä tilaajalle arvonalennus (YSE 27 §).

KVR-urakassa korvausvastuuriskin osalta voidaan korostaa, että rakennushankkeen onnistumisesta riski on pääosin urakoitsijalla, sillä tilaajan velvollisuudet ovat minimaaliset (ks. luku 5.2.2.). Käytännössä maksuvelvollisuuden lisäksi tilaaja vastaa vain tarvittavien lähtötietojen sisällöstä ja

²⁰⁶ Urakoitsijan ja mahdollisen toteutuskumppanin välisessä vastuunjaossa seuraamusten erottamisella voi olla merkitystä. Sopimuskäytännössä palvelusopimukseen onkin kirjattu, että urakkasopimukseen perustuvat seuraamukset ovat ensisijaisia.

²⁰⁷ Ks. esim. Liuksiala-Stoor 2014 ja Oksanen – Laine - Kaskiaro 2010.

²⁰⁸ YSE 18 ja 25 §:n epäselvän sanamuodon aiheuttamasta tulkintavaikkeudesta, ks. Halila 2016.

niiden toimittamisesta ajallaan. Urakoitsija puolestaan vastaa siitä, että sillä on kaikki tarvitsemansa tiedot sopimusvelvoitteidensa täyttämiseksi.²⁰⁹ Urakoitsijan tulee huolehtia siitä, että rakennus täyttää sille sopimusasiakirjoissa, viranomaismääräyksissä ja yleisesti hyväksytyissä rakentamismääräyksissä asetetut vaatimukset.²¹⁰ Urakoitsijan vastuulle kuuluu myös se, että rakennus toimivuudeltaan vastaa sille sopimusasiakirjoissa asetettuja vaatimuksia.²¹¹ Oikeuskäytännössä urakoitsijalla on myös katsottu olevan velvollisuus huomauttaa tilaajaa, jos tämän esittämät vaatimukset vaarantavat hankkeen tavoitteiden toteutumisen. toimivuus ja kelvollisuus sille aiotuun tarkoitukseen.²¹²

KVR-urakassa urakoitsijan on riskienhallinnan kannalta tärkeää kiinnittää huomiota alihankintasopimuksiinsa. Ilman sopimuksellista riskienhallintaa urakoitsijan laaja vastuu aiheuttaa helposti niin sanottuja vastuukuiluja urakoitsijan ja tämän alihankkijoiden välille. Merkittävin riski vastuukuilusta liittyy kenties suunnittelusopimukseen, joissa tyypillisesti käytetään konsulttitoiminnan yleisiä sopimusehtoja (KSE 2013). Ilman törkeää huolimattomuutta suunnittelijan vastuu KSE:ssä rajoittuu välittömiin vahinkoihin ja vahingonkorvauksen yläraja on enintään koko toimeksiannon palkkion suuruinen (KSE kohta 3.2.3). KVR-urakkasopimuksen ja suunnittelusopimuksen välistä vastuukuilua voidaan havainnollistaa Marjasuon kuvaavalla esimerkillä:

”KVR-urakoitsijan välittävän lenkin vastuusta voidaan mainita esimerkkinä tilanne, jossa KVR-urakoitsija on rakentanut suunnitelmien mukaisen rakennuksen ja valmistumisen jälkeen viranomaistarkastuksessa käy ilmi, että arkkitehtikuvat eivät vastaa viranomaismääräyksiä (esimerkiksi poistumistie on liian kapea). Tällöin urakoitsijan vastuulla on korjata rakennus viranomaismääräysten mukaiseksi huolimatta siitä, että korjaustoimenpiteet ja niistä aiheutuneet kustannukset saattavat nousta huomattaviksi. Sen sijaan virheen tehneen arkkitehdin korvausvastuu kattaa vastuunrajoitusten vuoksi ainoastaan murto-osan urakoitsijalle aiheutuneista kustannuksista.”²¹³

²⁰⁹ RT 80278, kohta 10.

²¹⁰ Liuksiala – Stoor 2014, s. 263.

²¹¹ RT 80278, kohta 4.

²¹² Ks. KKO 1993:130, jossa urakoitsijan katsottiin olevan tietoinen siitä, että tilaajan suunnitelmiin tekemät muutokset eivät täytä suunnittelulle asetettuja vaatimuksia. Kun urakoitsija ei tästä huomauttanut tilaajaa, katsottiin tämän olevan vastuussa tilaajalle aiheutuneesta vahingosta.

²¹³ Marjasuo 2013, s. 35.

6.2. Palvelujakson korvausvastuuriskit

Jos KVR-urakassa urakoitsijan vastuu on laaja, on se elinkaarimallissa vielä huomattavasti laajempi. Elinkaarimallissa nimittäin urakoitsijan edellä kuvattu kokonaisvaltainen vastuu rakennuskohteen sopimuksenmukaisuudesta jatkuu koko palvelusopimuksen (noin 20 vuotisen) sopimuskauden ajan. Vastuu on vielä laajempaa kuin rakennusurakan takuuaikainen vastuu, sillä elinkaarimallissa urakoitsija vastaa myös rakennusurakan takuuvastuun ulkopuolelle rajautuvasta normaalista kulumisesta. Tässä kohtaa on syytä muistaa, että rakennusurakan lisäksi rakennuskohteen pitämisessä sopimuksenmukaisessa kunnossa urakoitsija saa korvausta kunnossapitosuunnitelman mukaisista toimenpiteistä sekä kiinteistönhoitoon liittyvistä palvelusopimuksen mukaisista toimenpiteistä.

Palvelusopimuksen seuraamusjärjestelmä vastaa siltä osin rakennusurakan seuraamusjärjestelmää, että urakoitsijalla on palvelujaksollakin rakennuskohteessa ilmenevien teknisten ja toiminnallisten puutteiden korjausvelvollisuus. Seuraamuksen tehosteena tilaajalla on sopimuskäytännön perusteella kattavat oikeudet teettää korjaustyöt urakoitsijan lukuun ja kuitata aiheutuneet kulut palvelu- tai PTS-maksuista. Urakoitsija voi vapautua korjaamisvastuusta ainoastaan, jos se voi osoittaa, että puute ei miltei osin johdu urakka- tai palvelusopimuksessa määritellyn urakoitsijan velvollisuuden laiminlyömisestä. Korjaamisvaatimuksen lisäksi tilaajalla on käytettävissään palvelumaksuun tehtävät käytettävyysvähennykset, jotka on palvelusopimuksessa määritelty tilakohtaisesti.²¹⁴

Käytettävyysvähennysten lisäksi urakoitsija on velvollinen korvaamaan sopimusrikkomuksesta aiheutuneet välittömät tilaajalle aiheutuneet vahingot sekä törkeän huolimattomuuden tai tahallisuuden kyseen ollen myös välilliset vahingot. Korvausvastuuta on kvalifioitu siten, että urakoitsijan on tarvittaessa kustannuksellaan järjestettävä muun muassa väistötilat, jos rakennuksessa ilmenee esimerkiksi käyttöä rajoittavia sisäilmaongelmia. Rakennuskohteen käyttöä merkittävästi rajoittavat puutteet muodostavatkin kenties palvelujakson merkittävimmän urakoitsijan korvausvastuuriskin. Riskin hallinnassa korostuvat rakennusurakan suunnitteluratkaisut ja rakentamisen

²¹⁴ Esimerkki sopimuskäytännöstä: Mikäli käytettävyysvaatimukset eivät (määritellyn vasteajan puitteissa) täyty osittain tai kokonaan jossakin palvelusopimuksen liitteessä 3.2 määritellyssä tilassa t, tehdään ko. tilan ja ko. päivän osalta päiväkohtainen käytettävyysvähennys PK1(t) tai PK2(t) riippuen siitä, onko kyseessä palvelusopimuksen liitteen 2 mukainen käytettävyyspanne vai käytettävyyssyste.

laatu. Palvelusopimuksen aikana tehokas riskienhallintakeino on rakennuksen kunnon seuranta ja yhteistoimintaryhmässä tapahtuva kunnossapitotoimenpiteiden ajoittaminen.

7. YHTEENVETO

Lopuksi voidaan vetää yhteen tutkimuksen tuloksia suhteessa tutkimuksen pääkysymykseen, joka oli seuraavanlainen: millaisia ovat elinkaarimallille ominaiset urakoitsijan sopimusriskit ja miten urakoitsija voi niihin vaikuttaa. Tässä yhteydessä ei ole syytä käydä kaikkia tutkimuksessa esiin nousseita riskejä. Sen sijaan voidaan yrittää tunnistaa merkittävimmät sopimusriskit ja tarkastella niiden hyväksyttävyyttä tasapainoisen riskienjaon näkökulmasta.

Ajallisesti ensimmäisenä merkittävänä riskinä nousee esiin neuvotteluriski – yhdistettynä hankintasopimukseen liittyvään sitovuusriskiin. Suuren ja monimutkaisen rakennushankkeen tarjouslaskenta vaatii aina paljon resursseja, mutta elinkaarimallissa urakoitsijan tarjousvaiheen kustannukset voivat nousta mittaviksi muun muassa tarjousvaiheen suunnittelutyön, hankkeen riskiarvioinnin ja palveluiden kustannuslaskennan myötä. Koska kyseessä on kilpailu, kaikki eivät voi voittaa. Hankintasopimukseen liittyvän sitovuusriskin myötä varmalta tuntuva voittokin voi livetä käsistä. Häviäjän osa ei yleensä ole ruusuinen. Pahimmillaan seurauksena on satojen tuhansien eurojen neuvottelukustannukset ja menetettyjä mahdollisuuksia muiden tarjouskilpailujen osalta. Toisaalta vähissä ovat hyvät keinot tilaajankin puolella, mutta osallistumispalkkioita ja niiden suhteuttamista hankkeen neuvottelukustannuksiin on syytä miettiä. Markkinatalouden oppien mukaan riskeillä on tapana valua hintoihin, joten lopulta tilaajat kuitenkin maksavat urakoitsijoiden neuvottelukustannukset. Osallistumalla neuvottelukustannusten riskienjakoon vahvemmin tilaaja voisi saada aikaan tehokkaampaa kilpailua ja laskea siten tarjousten hintatasoa.

Neuvotteluriskin pienentämiseksi voidaan esittää myös *de lege ferenda* -tyyppinen kommentti liit-
tyen yleisiin sopimusehtoihin. Elinkaarihankkeiden sopimusehtojen mahdollisimman pitkälle viety keskinäinen yhdenmukaisuus helpottaisi urakoitsijan sopimusriskien arviointia tarjousvaiheessa. Lisäksi se voisi mahdollistaa urakoitsijoiden toiminnan kehittämistä siihen suuntaan, että niiden edellytykset osallistua elinkaarihankkeiden tarjouskilpailuihin kohenisivat. Toivoo sopii-
kin, että käynnissä olevat kehityshankkeet johtavat yleisten sopimusehtojen julkaisemiseen ja niiden laajaan soveltamiseen.

Toisena merkittävänä riskinä esiin nousee kustannusarvioriski – erityisesti kunnossapitosuunnitelman ja energiankulutuksen osalta. Näiden osalta kuitenkin korostuvat urakoitsijan osaaminen ja kokemus. Rakennuksen tavanomaisten kunnossapitotarpeiden arvioinnista vastuun säilyttämistä urakoitsijalle voikin pitää riskienjaon kannalta perusteltuna. Energiankulutukseen sen sijaan saat-
taa helpommin liittyä elementtejä, joihin urakoitsija ei voi vaikuttaa, mutta toisaalta niitä ei voi pitää niin merkittävänä, ettei urakoitsija voisi varautua niihin kohtuullisilla riskivaroituksilla.

Pitkäkestoisissa sopimuksissa korostetaan yleensä riskiä olosuhteiden muutoksesta. Sopimuskäytännön perusteella tähän onkin elinkaarimallissa kiinnitetty erityistä huomiota. Sopimukseen on laadittu lukuisia melko joustavia muutosmekanismeja. Riskinä voidaan tietenkin pitää sitä, että mekanismien toimivuus on lopulta hyvin pitkälti kiinni osapuolten yhteistyökyyvystä. Yhteistyövastuun osoittaminen pääasiassa yhteistoimintaryhmälle mahdollistaa tehokkaan yhteistyön, mutta vastaavasti se voi myös olla yhteistyön jarruna, jos henkilökemiat joutuvat törmäyskurssille.

Viimeisenä merkittävänä riskinä voidaan nostaa esiin rakennuskohteen käyttöä merkittävästi rajoittavat urakoitsijan suoritushäiriöt, joista rakennuksen sisäilmaongelmat ovat kenties vaikeimmin urakoitsijan hallittavissa. Voidaan ajatella, että on perusteltua pyrkiä sopimusehdoilla erottelemaan jyvät akanoista – eli sisäilmaongelmien hallinnan osaavat urakoitsijat niistä, jotka eivät osaa. Toisaalta riskinjaon tasapainoisuuden osalta voidaan kysyä, onko perusteltua, että urakoitsija voi vapautua korjaamisvastuustaan ainoastaan, jos se voi osoittaa, että puute ei miltään osin johdu urakka- tai palvelusopimuksessa määritellyn urakoitsijan velvollisuuden laiminlyömisestä. Jos sisäilmaongelmien syytä ei pystytä selvittämään, onko kohtuullista, että urakoitsija joutuu vastaamaan kaikista kustannuksista mahdollisia väistötiloja myöten?